Rabattkartelle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

(§ 3 GWB)

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Dipl.-Kfm. Dieter Holle

aus Hannover

Göttingen 1964

Gedruckt in der Dissertationsdruckerei Robert Kleinert in Quakenbrück

Rabattkartelle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

(§ 3 GWB)

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Dipl.-Kfm. Dieter Holle

aus Hannover

Göttingen 1964

Gedruckt in der Dissertationsdruckerei Robert Kleinert in Quakenbrück

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Berichterstatter: Professor Dr. Gerd Rinck

Mitberichterstatter: Professor Dr. Wilhelm Ebel

Tag der mündlichen Prüfung: 29. Januar 1964

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 5
Literaturverzeichnis 7

RABATTKARTELLE IM GESETZ GEGEN WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN (§ 3 GWB)

1. Kapitel: Abgrenzung des Themas 15
§ 1. Die rechtspolitische Vorgeschichte 15
§ 2. Rabatte, ihre wirtschaftlichen Erscheinungsformen und Grundtypen 18

2. Kapitel: Allgemeine Problematik von Rabattkartellen . . . 25
§ 3. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen 25
§ 4. Zur Rechtswirksamkeit von Rabattkartellen 30
§ 5. Der Widerspruch gegenüber Rabatt-Kartellanmeldungen 41
§ 6. Der Mißbrauch von Rabattkartellen 52
§ 7. Die Aufsicht über Rabattkartelle 69

3. Kapitel: Einzelne Arten von Rabatt-Kartellen 73
§ 8. Einfache Mengenrabattkartelle 74
§ 9. Gesamtumsatzrabattkartelle 84
§ 10. Funktionsrabattkartelle 100

4. Kapitel: Abschluß 111
§ 11. Gesamtergebnis 111

Abkürzungsverzeichnis

Baumbach-Hefermehl	= A. Baumbach — W. Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl. 1960.
BB	= Der Betriebs-Berater.
BGBl.	= Bundesgesetzblatt.
BKartA	= Bundeskartellamt.
BKartA — TB	= Bundeskartellamt, Tätigkeitsberichte für die Jahre: 1958: Bundestagsdrucksache 1000 v. 15. 4. 1959; 1959: Bundestagsdrucksache 1795 v. 13. 4. 1960; 1960: Bundestagsdrucksache 2734 v. 5. 5. 1961; 1961: Bundestagsdrucksache IV/378 v. 30. 4. 1962; 1962: Bundestagsdrucksache IV/1220 v. 30. 4. 1963.
BT	= Deutscher Bundestag.
BT-Drucks.	= Bundestagsdrucksache.
DB	= Der Betrieb.
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung.
EWGV	= Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Rom, 25. 3. 1957.
Frankf. Komm.	= Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Heinz Kaufmann, Hans-Günther Rautmann u. a.; Loseblattausgabe ab 1958.
Gem. Komm. I	= Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, herausgegeben von H. Müller-Henneberg und G. Schwartz, 1. Auflage, 1958.
Gem. Komm. II	= Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, herausgegeben von H. Müller-Henneberg und G. Schwartz, 2. Auflage, 1963.
GRUR	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht.
GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
GWB-Bericht	= Bericht der Bundesregierung über Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gemäß Bundestagsdrucksache 2886 der 3. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache IV/617 vom 22. 8. 1962, mit Anlage: Gutachten des wissenschaftlichen Beirates beim Bundeswirtschaftsministerium.
KG	= Kammergericht.
Langen	= E. Langen — H. U. Wilke, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage 1958.

MA	= Der Markenartikel (Zeitschrift).
Mayer-Wegelin	= H. Mayer-Wegelin, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Der Wirtschaftskommentator, Teil C: Wirtschaftsrecht, C III/1, Loseblattausgabe ab 1957.
Müller/Gries	= Müller H. und Gries, G. Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) 1958.
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift.
OLG	= Oberlandesgericht.
Ordo	= Ordo, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft.
Rasch	= Rasch, H., Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum GWB, 1958.
Rinck	= Rinck, G., Wirtschaftsrecht, 1963.
WRP	= Wettbewerb in Recht und Praxis — mit Kartellrecht.
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb.
WuW/E	= Entscheidungssammlung der Zeitschrift Wirtschaft und Wettbewerb, Loseblattausgabe, geordnet nach BGH, OLG, BKartA usw.
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (bis zum 123. Band, 1960, einschl.: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht).

Literaturverzeichnis

A Selbständige Veröffentlichungen:

Baumbach, A. - Hefermehl, W.: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., 1960, Sechster Teil, Seite 1207 ff.; zitiert: Baumbach-Hefermehl.

Behrends, Klaus: Markenartikel und Preisbindung zweiter Hand in der Marktwirtschaft. Diss. Freiburg 1956.

Benisch, Werner: Die Wahl der Rechtsform bei Kartellen, Schriftenreihe „Der Betrieb", 1961.

Bise, Wilhelm: Rabatt und Skonto als Mittel der Marktpolitik der Unternehmung, Diss. Mannheim 1951.

Borchardt, Knud, Fikentscher, Wolfgang: Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, 1957.

Bouffier, Willi: Die Klauseln im Kaufvertrag, 1929.

Buddeberg, Hans: Über die Vergleichbarkeit der Handelsbetriebe, 1955.

Eucken, Walter: Die Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Aufl., 1950.

Frankfurter Kommentar (H. Kaufmann, H. G. Rautmann u. a.): Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Loseblattausgabe, ab 1958.

Fricke, Werner: Kollektivmonopole, 1956.

Gemeinschaftskommentar, herausgegeben von H. Müller-Henneberg und G. Schwartz, 1. Aufl., 1958, unter dem Titel: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar; zit.: Gem. Komm.I. 2. Aufl., 1963, unter dem Titel: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Kommentar; zit.: Gem. Komm. II.

Gerhardt, Walter: Rabattwettbewerb und Rabattordnung in einer Wirtschaftsordnung funktionsfähiger Konkurrenz, Diss. Köln 1960.

Günther, Eberhard: Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Heft 47 der Schriftenreihe der Jur. Stud.-Ges. Karlsruhe, 1960.

Hax, Herbert: Vertikale Preisbindung in der Markenartikelindustrie, Beiträge zur betriebswirtschaftlichen Forschung, 1960.

Huber, Ernst Rudolf: Das Empfehlungsverbot. Eine kartellrechtliche Studie, 1959.

Klaue, Siegfried: Das Kartellrecht in der Praxis. Schriftenreihe Wirtschaft und Wettbewerb, Heft 9, 1961.

Kühne, Karl: Funktionsfähige Konkurrenz, 1958.

Langen, Eugen: Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., 1958; zit.: Langen.

Lehnich, Oswald: Die Wettbewerbsbeschränkung, eine Grundlegung, 1956.

— Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), 1958.

Lenel, Hans Otto: Ursachen der Konzentration, 1962.

Liefmann, Robert: Kartelle, Konzerne, Trusts, 8. Aufl., 1930.

Lukes, Rudolf: Der Kartellvertrag, Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen, 1959.

Mayer, Leopold: Kartelle, Kartellorganisation und Kartellpolitik, 1959.

Mayer-Wegelin, Heinz: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Der Wirtschaftskommentator, Teil C: Wirtschaftsrecht, C III/1, Loseblattausgabe ab 1957; zit.: Mayer-Wegelin.

Müller, Heinz und Gries, Gerhard: Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), 1958; zit.: Müller/Gries.

Müller-Beilschmidt, Klaus: Handelsspanne und Konkurrenzverhältnisse im Einzelhandel, Diss. Berlin 1954.

Oberparleiter, Karl: Funktionen und Risiken des Warenhandels, 2. Aufl. 1955.

Rasch, Harold: Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum GWB, 1958; zit.: Rasch.

Rinck, Gerd: Wirtschaftsrecht, 1963; zit.: Rinck.

Rittner, Fritz: Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, 1957.

Sarnighausen, Hans-Cord: Der Mißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Göttingen, 1961.

Schoser, Franz: Das Rabattkartell in ordnungspolitischer Sicht, Diss. Köln, 1959.

Seyffert, Rudolf: Wirtschaftslehre des Handels, 3. Aufl., 1957.

Sölter, Arno: Das Rabattkartell, 1955.

— Das Gesamtumsatzrabattkartell, seine wirtschaftliche und kartellrechtliche Beurteilung, Schriftenreihe „Der Betrieb", 1958.

Stackelberg, Heinrich v.: Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl., 1951.

Steindorff, Ernst: Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, 1959.

Sundhoff, Edmund: Die Handelsspanne, 1953.

Tenckhoff, Philipp: Kartelltheorie und Kartellpolitik in der jüngeren Nationalökonomie, Diss. Köln, 1956.

Zweigert, Kurt: Das neue Kartellgesetz, Einführung in seine rechtliche Problematik, 1959.

Barnickel, Hans-Heinrich: Die Abgrenzung des relevanten Marktes, WuW 1961, S. 246 ff.

Baruch, Wolfgang: Das Verhältnis zwischen der Kartellregelung des EWG-Vertrages und des GWB, WuW 1963, S. 14 ff.

— Zum Anwendungsbereich des GWB, WuW 1961, S. 530 ff.

Batzer, Erich: Der Funktionsrabatt — seine Bedeutung und Problematik, MA 1962, S. 369 ff.

Behrens, Friedrich-Stephan: Funktionsrabatt und Rabattkartell, WRP 1958, S. 225 ff.

— Zur Zulässigkeit des Open-Price-Systems nach dem GWB, WRP 1960, S. 57 ff.

Benisch, Werner: Beschränkungen des Nachfragewettbewerbs, WuW 1960, S. 842 ff.

— Kumulation von Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1959, S. 765 ff.

Biedenkopf, Kurt H.: Sind Gesamtumsatzrabattkartelle zulässig? BB 1958, S. 757 ff.

Böhm, Franz: Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, Ordo Band X, 1958, S. 167 ff.

Büntig, Heinz: Zum Rabattkartell, WRP 1957, S. 281 ff.

Buschmann, Ernst Friedrich: Die Verfügungen der Kartellbehörde und deren Unterlassen eines Widerspruchs bei Anmeldekartellen, BB 1960, S. 1310 ff.

Christl, Artur: Das Leistungsentgelt im kumulativen Gesamtumsatzrabatt, BB 1958, S. 993 ff.

— Mißbrauch der Preisbindung durch Preisspaltung, zugleich ein Beitrag zum Mißbrauch im GWB, BB 1960, S. 297 ff.

Deringer, Arved: Bemerkungen zum kumulativen Gesamtumsatzrabattkartell, BB 1958, S. 1187 f.

Dichgans, Hans: Zum Begriff des „Mißbrauchs" im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1958, S. 658 ff.

Dohrendorf, Heinrich: Über die Frage der Zulässigkeit von Funktionsrabattkartellen, WuW 1958, S. 540.

Dörinkel, Wolfram: Der Begriff des Mißbrauchs im Sinne der Kartellaufsichtsbestimmungen des GWB, WuW 1959, S. 81 ff.

— Der Rabatt als Mittel des Wettbewerbs und als Gegenstand der Wettbewerbsbeschränkung, GRUR 1960, S. 7 ff.

— Streitfragen zum Rabattkartell, WuW 1961, S. 233 ff.

Dürrhammer, W.: Rabatte, was sie sind und was sie nicht sind, DB 1963, S. 37 ff.

Dürrhammer, W. und Segelmann, F.: Das Gesamtumsatzrabattsystem in betriebswirtschaftlicher Sicht, DB 1959, S. 893 ff. und S. 921 ff.

Engels, Karl-Günter: Das Kartellverbot des Art. 85 EWG-Vertrag, DB 1963, S. 332 ff.

Eicken, Heinz: Gesamtumsatzrabatt fördert Preiswettbewerb, Handelsblatt 1958, Nr. 145, S. 11.

Fikentscher, Wolfgang: Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1960, S. 680 ff.

— Zum Recht der Diskriminierungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1958, S. 257 ff.

Gabriel, Siegfried L.: Gesamtumsatzrabatte unter wirtschaftlichem Aspekt, WuW 1959, S. 313 ff.

— Zum Begriff des Preiswettbewerbs, MA 1958, S. 717 ff.

Gentz, Günther: Das Diskriminierungsverbot in § 26 Abs. 2 GWB und § 9 KartVo, WuW 1961, S. 587 ff.

Gleiss, Alfred: Diskriminierung einer Einkaufsgesellschaft durch ein Kartell, BB 1959, S. 284 f.

— Ist die Bindung von Rabatten bei Markenartikeln zulässig? NJW 1953, S. 1456 ff.

— Wann werden Konditionen-, Rabatt- und Normenkartelle wirksam? NJW 1958, S. 530 ff.

Gleiss, Alfred und Hootz, Christian: Artikel 85 EWG-Vertrag unmittelbar anwendbares Recht? DB 1961, S. 1684 f.

Günther, Eberhard: Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen, WuW 1957, S. 677 ff.

— Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als Instrument der Mittelstandspolitik, WuW 1960, S. 159 ff.

— Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der deutschen Wirtschaftspolitik, WuW 1960, S. 747 ff.

— Die Aufgaben des Bundeskartellamtes in der Wettbewerbspolitik, ZHR, 125. Band, 1963, S. 38 ff.

— Konkurrierende Ziele der Wettbewerbspolitik. Zur Problematik einzelner Ausnahmevorschriften des GWB, MA 1961, S. 273 ff.

— Wettbewerbsfreiheit und Unternehmertum, WuW 1958, S. 379 ff.

— Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, MA 1959, S. 269 ff.

Hellwig, Fritz: Die Sicherung des Leistungswettbewerbs in der Sicht der gesetzgeberischen Arbeit, WuW 1959, S. 389 ff.

Jessen, Uwe: Zur Abgrenzung des Rabattkartells vom Exportkartell und zum Übergang vom Antragsverfahren zum Anmeldeverfahren, BB 1962, S. 697 ff.

— Zwei Rechtsfragen bei der Anmeldung von Konditionenkartellen, Rabattkartellen und Normen- oder Typenkartellen, WuW 1960, S. 483 ff.

Kathrein, Oswald: Nachfrage im Wettbewerb, DB 1960, S. 715 ff.

Katzke, Hans-Joachim: Einstweilige Anordnungen im Kartellverfahren, NJW 1962, S. 1132 ff.

Kirschstein, Friedrich: Die Verstärkung der vertikalen Preisbindung durch zusätzliche Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1959, S. 235 ff.

Koch, N.: Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1959, S. 241 ff.

von Köhler, Karl-Heinz: Das Diskriminierungsverbot im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der Gleichheitssatz, BB 1959, S. 689 ff.

— Gibt es eine Konversion im Kartellrecht? NJW 1960, S. 990 ff.

— Gibt es Rechtsbehelfe gegen den unterlassenen Widerspruch bei Anmeldekartellen? BB 1960, S. 503 ff.

— Grenzen der gerichtlichen Kontrolle im Kartellrecht, DÖV 1960, S. 210 ff.

Koenigs, Folkmar: Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung, DB 1957, S. 765 ff.

— Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, S. 1041 ff.

Kröger, Heinz: Die Stellung der Außenseiter im GUR-Kartell, WuW 1960, S. 339 f.

Lieberknecht, Otfried: Darf ein Zusammenschluß von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen? MA 1958, S. 231 ff.

Lutz, Helmuth, und Kracht, Friedrich: Sind Gesamtumsatzrabattkartelle zulässig? BB 1958, S. 682 ff.

Markert, Kurt: Preismeldeverträge und Oligopol, BB 1964, S. 62 ff.

Mehl, Hans Otto: Handelsbräuche in kartellrechtlicher Sicht, NJW 1960, S. 605 ff.

Melcher, W.: Fragen zum Widerspruch der Kartellbehörde, BB 1958, S. 398 ff.

Menze, Hubert: Open Price System und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1958, S. 98 ff.

— Markttransparenz in Theorie und Wettbewerbsrecht, WuW 1963, S. 578 ff.

Mestmäcker, Ernst-Joachim: Das Rabattkartell im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Ordo, 13. Band, 1962, S. 233 ff.

— Diskriminierungen, Dirigismus und Wettbewerb, WuW 1957, S. 21 ff. und S. 92 ff.

Meyer-Cording, Ulrich: Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, WuW 1962, S. 461 ff.

Möhring, Philipp: Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1963, S. 81 ff. und S. 133 ff.

Mühlhaupt, L.: Begriff und Wesen des Barzahlungsskontos, DB 1963, S. 921 ff.

Müller-Beilschmidt, Klaus: „Wesentlicher Wettbewerb" im Kartellgesetz, MA 1958, S. 6 ff.

— Wettbewerb — Wettbewerbsbeschränkung — Marktbeherrschung, MA 1958, S. 657 ff.

Müller-Henneberg, Hans: Zum Mißbrauchsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1959, S. 139 ff.

Nöll von der Nahmer, Robert: Der Wettbewerb als entscheidender Faktor der Marktwirtschaft, WuW 1961, S. 3 ff.

Pickel, W.: Preismeldestellen und Kartellverbot, BB 1963, S. 699 ff.

Raiser, Ludwig: Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR, 111. Band, 1948, S. 90 ff.

Rasch, Harold: Zur Problematik des Gesamtumsatzrabattkartells, WuW 1959, S. 169 ff.

Reimann, Günter: Behörden, Gerichte und Verfahren im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WRP 1957, S. 319 ff.

— Wettbewerb und „Gute Sitten", WuW 1957, S. 621 ff.

Rinck, Gerd: Die Markttransparenz (Ein Rechtfertigungsgrund für vergleichende Werbung und Preismeldesysteme), BB 1962, S. 105 ff.

— Gute Sitten im Wettbewerb, in: „Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle", Göttingen, 1961, S. 152 ff.

Rowedder, Heinz: Die Zulässigkeit von Gesamtumsatzrabatt-(GUR-) Vereinbarungen nach dem GWB, WuW 1959, S. 15 ff.

Scheufele, Helmut: Über die Zulässigkeit von Funktionsrabattkartellen, WuW 1958, S. 334 ff.

Schöne, Otto: Die Beiladung zum Verfahren vor der Kartellbehörde nach § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB, WRP 1960, S. 261 ff. und S. 334 ff.

Schmidt, Ingo: Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1963, S. 97 ff.

Schmidt, Werner G.: Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht, NJW 1961, S. 2089 ff.

Schoser, Franz: Die Stellung der Außenseiter im Gesamtumsatz-(GUR-)Kartell, WuW 1960, S. 10 ff.

Seydel, Helmut: Wirtschaftspolitische Erwägungen als Grundlage wettbewerbsrechtlicher Entscheidungen? MA 1957, S. 83 ff.

Sölter, Arno: Bisherige Entscheidungspraxis zu den Rabattkartellen, MA 1960, S. 897 ff.

— Das Gesamtumsatzkartell — seine wirtschaftliche und kartellrechtliche Beurteilung, DB 1958, S. 1175 ff. und S. 1204 ff.

— Das Rabattkartell im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, DB 1957, S. 887 ff. und S. 913 ff.; ebenso MA 1957, S. 571 ff.

— Die Ausnahmevorschrift des Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag, WuW 1961, S. 665 ff.

— Die Mittelstandsempfehlungen im GWB, WuW 1959, S. 687 ff. und S. 792 ff.
— Funktionsrabattkartelle, WRP 1957, S. 347 ff.
— Nachfragemacht und Gegengewichtsprinzip, MA 1961, S. 337 ff.
— Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, DB 1960, S. 16 ff. und S. 48 ff.
— Rabattpolitik und Konzentrationsproblem unter besonderer Berücksichtigung der Beziehungen zwischen Industrie und Handel, WRP 1960, S. 338 ff.

Spengler, Albrecht: Der Diskriminierungstatbestand in der Rechtsprechung des BGH und in der Amtspraxis des Bundeskartellamtes, WuW 1963, S. 3 ff.
— Die Ausschaltung von Handelsstufen als ein Problem des Wettbewerbsrechtes? WuW 1957, S. 539 ff.

Starck, Felix: Anhörung und Beiladung in Kartellverfahren, BB 1960, S. 465 ff.

Summerer, Lothar: Lauterkeit des Wettbewerbs und Preisdiskriminierung in der Marktwirtschaft, WuW 1958, S. 30 ff.

Völp, Fromut: Bundeskartellamt läßt Gesamtumsatzrabattkartelle zu, WRP 1959, S. 76 f.
— Gesamtumsatzrabattkartelle, WRP 1958, S. 257 ff.

Zeitler, Gottfried: Der Konzernrabatt, WuW 1959, S. 621 ff.
— Diskriminierung, Diskriminierungsverbot und Nichtdiskriminierungsverträge unter wirtschaftlicher Sicht, WuW 1960, S. 81 ff.

C Amtliche Drucksachen

Bericht der Bundesregierung über Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gemäß Bundestagsdrucksache 2886 der 3. Wahlperiode, Bundestagsdrucksache IV/617 vom 22. 8. 1962, mit Anlage: Gutachten des wissenschaftlichen Beirates beim Bundeswirtschaftsministerium; zit.: GWB-Bericht.

Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (nach Anlage 1 zu Bundestagsdrucksache 1158 der 2. Wahlperiode) abgedruckt in der 1. Auflage des Gemeinschaftskommentars (herausgegeben von H. Müller-Henneberg und G. Schwartz) S. 1057 ff.

Entscheidungssammlung der Zeitschrift Wirtschaft und Wettbewerb, Loseblattausgabe, geordnet nach BGH, OLG, BKartA usw.; zit.: WuW/E/BGH, WuW/E/OLG, WuW/E/BKartA usw.

Jahresberichte des Bundeskartellamtes; vorliegend für die Jahre:

1958: Bundestagsdrucksache 1000 v. 15. 4. 1959

1959: Bundestagsdrucksache 1795 v. 13. 4. 1960

1960: Bundestagsdrucksache 2734 v. 5. 5. 1961

1961: Bundestagsdrucksache IV/378 v. 30. 4. 1962

1962: Bundestagsdrucksache IV/1220 v. 30. 4. 1963

zit.: BKartA-TB mit Jahresangabe.

Schriftlicher Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 22. Juni 1957; Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, zu Bundestagsdrucksache 3644; abgedruckt in der 1. Auflage des Gemeinschaftskommentars, S. 1156 ff.

ABGRENZUNG DES THEMAS

§ 1 Die rechtspolitische Vorgeschichte

Die Rabattkartelle haben bei den Vorarbeiten zu einem deutschen „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen" mehrfach im Mittelpunkt parlamentarischer Auseinandersetzungen gestanden. Dabei war das Problem als solches nicht eben neu; bereits die „Denkschrift über das Kartellwesen"[1]) aus den Jahren 1905 — 1907 weist eine Reihe von Absprachen auf, die nach heutiger Terminologie als Rabattkartelle oder kartellarische Rabattvereinbarungen anzusprechen sind[2]).

Derartige Absprachen wurden jedoch in der Regel als Unterfall allgemeiner Preiskartelle angesehen; dieser Ansicht entsprach auch ihre kartellrechtliche Behandlung sowohl unter der sogenannten Kartellverordnung von 1923[3]) als auch unter den alliierten Dekartellisierungsgesetzen von 1947.

Von eben dieser Ansicht ging auch noch der Regierungsentwurf aus dem Jahre 1952 für ein zu schaffendes deutsches Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aus, das die alliierten Gesetze ablösen sollte. Dessen Begründung erwähnte eine Sonderregelung für Rabatte nicht[4]), wollte auf diese also den generellen Verbotsgrundsatz des § 1 Anwendung finden lassen[5]).

Eine Ausnahmevorschrift für Rabattkartelle wurde jedoch in gewissen Kreisen der Wirtschaft mit großer Intensität gefordert[6]) und auch der Ausschuß für Wirtschaftspolitik des Bundestages hielt

---

[1]) Denkschr. über d. Kartellwesen, bearbeitet im Reichsamt d. Innern, Berlin 1905—1907.

[2]) so a.a.O., Anl. C, S. 7: Kartellarische Festlegung von Umsatzrabatten durch d. Verkaufskontor deutscher Tuben- u. Spritzkorkenfabriken, Berlin; Anl. J, S. 19: Vereinb. über Gewährung von Jahresprämien auf d. Grundl. d. Gesamtbezuges von einzelnen Glashütten durch d. Verein. westd. Hohlglasfabriken, Bonn; Anl. N, S. 21 f.: Allg. Rabattbedingungen u. Essigrabattbedingungen d. Zentr. f. Spiritusverwertung, Berlin.

[3]) Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung vom 2. 11. 1923, RGBl. I, S. 1067 ff.

[4]) Deutscher Bundestag, 2. Wahlp., BT-Drucks. 1158, Anl. 1; abgedr. im Gem.Komm. I, S. 1037.

[5]) so auch Langen, § 3, Anm. II, 1.

[6]) das erwähnt auch Rinck, Rdnr. 602; zum publizistischen Vorkämpfer dieser Forderungen machte sich insbesondere: Sölter, Das Rabattkartell, 1955, durchgehend.

schließlich — allerdings gegen eine starke Minderheit — Rabattkartelle noch für vereinbar mit Sinn und Zweck des zu schaffenden Gesetzes.

Die parlamentarischen und außerparlamentarischen Auseinandersetzungen zu dem in Rede stehenden Problem waren insgesamt stürmisch wie der Werdegang des Gesetzes überhaupt. Während der Bundesrat eine Freistellung oder auch nur einen Erlaubnisvorbehalt für Rabattkartelle ablehnte mit der Begründung, daß Rabatte Preisbestandteile und oft ein wesentliches Mittel im Wettbewerb seien[7]), hielten andere Kreise sogar eine generelle Freistellung für „Vereinbarungen über die Absatzordnung“[8]) für wünschenswert.

Es ist nicht Aufgabe dieser Untersuchung, zum Verlauf der parlamentarischen und sonstigen Auseinandersetzungen, insbesondere zur Zweckmäßigkeit einer Ausnahmeregelung für Rabatte, im einzelnen Stellung zu beziehen. Eine solche Stellungnahme hätte wettbewerbs p o l i t i s c h e Erörterungen in den Mittelpunkt zu stellen[9]); hier geht es indessen vorwiegend um wettbewerbs r e c h t l i c h e Fragen des Rabattproblems.

Der Gesetzgeber hat sich durch Aufnahme einer Ausnahmebestimmung in § 3 des „Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ (GWB)[10]) für die Vereinbarkeit von Beschränkungen im Rabattwettbewerb mit den Prinzipien einer freiheitlichen, marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsordnung entschieden. Festzustellen bleibt allerdings, daß ein erheblicher Teil der mit Rabattkartellen verbundenen Problematik im parlamentarischen Raum möglicherweise nicht erkannt[11]), jedenfalls aber nicht ausdiskutiert und abschließend geklärt wurde, so daß wesentliche Fragen zunächst nur verlagert wurden auf die mit der Anwendung des Gesetzes befaßten Behörden und Gerichte.

Die Ausnahmebestimmung stellt sich in ihrer Anlage als Kompromiß dar; insoweit fügt sie sich harmonisch in das Gesamtgesetz, dessen Kompromißcharakter — Durchbrechung des Verbotsprinzips durch zahlreiche Ausnahmen — wohl als sein wesentlichstes Merkmal gelten muß.

§ 3 stellt die Rabattkartellierung frei, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Voraussetzungen sind indessen keineswegs unproblematisch; sie werden im Schrifttum teilweise sogar als

---

[7]) Deutscher Bundestag, 2. Wahlp., BT-Drucks. 1158, Änderungsvorschläge des Bundesrates (Anl. 2), abgedr. im Gem.Komm. I, S. 1129 ff. (1129).

[8]) so Sölter, Gem.Komm. I, § 3, Rdnr. 2.

[9]) So ausführlich bei Gerhardt, W., Rabattwettbewerb und Rabattordnung in einer Wirtschaftsordnung funktionsfähiger Konkurrenz, Diss. Köln 1960.

[10]) vom 27. 7. 1957, BGBl. I, 1081. Paragraphen ohne weitere Benennung sind solche des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

[11]) So Günther, ZHR, Band 125, 1962, S. 38 ff. (52).

unjuristisch und schwer verständlich angesehen[12]), eine Ansicht, die einer gewissen Berechtigung nicht entbehrt.

Bei der Eröterung der Ausnahmebestimmung im einzelnen werden jedenfalls rechtliche und wirtschaftliche Gesichtspunkte gleichermaßen zu berücksichtigen sein, wie es überhaupt eine spezifische Eigenart des GWB ist, daß seine materiellen Bestimmungen ohne eine „Synthese zwischen wirtschaftswissenschaftlicher und juristischer Wertung“[13]) nicht sinnvoll interpretiert werden können.

Rabattkartelle können definiert werden als Verträge oder Beschlüsse zwischen rechtlich und wirtschaftlich selbständig bleibenden Unternehmen, die lediglich Art und Höhe der Rabatte und die Voraussetzungen ihrer Gewährung festlegen, ohne gleichzeitig Vereinbarungen über die Höhe der den Rabatten zugrundeliegenden Preise zu treffen[14]) [15]).

Die einzelwirtschaftliche Zielsetzung von Rabattkartellen besteht darin, durch Regelung und Beschränkung des Rabattwettbewerbs eine gegenüber dem Zustand der freien Konkurrenz günstigere Marktgestaltung für die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmungen zu erreichen, um auf diese Weise deren wirtschaftlichen Erfolg zu sichern oder zu erhöhen[16]). Rabattkartelle im Sinne dieser Untersuchung sind also privatwirtschaftliche Institute. Sie haben in gesamtwirtschaftlicher Hinsicht eine Markt- und Wettbewerbswirtschaft zur Voraussetzung und stellen mithin in gewisser Weise eine Reaktion auf den freien Wettbewerb dar[17]).

Kartelle als Instrumente der staatlichen Wirtschaftspolitik, wie sie in zentral verwalteten Volkswirtschaften anzutreffen sind, scheiden demgemäß als Untersuchungsobjekt dieser Arbeit selbst dann aus, wenn sie ausschließlich oder überwiegend die Regelung von Rabatten zum Gegenstand haben.

Was darüberhinaus als weitere Vorfrage noch einer einführenden Erörterung bedarf, ist das Objekt der Kartellierung, das vom Gesetz in § 3 schlicht mit „Rabatt“ umschrieben wird. Hierüber wird im nächsten Abschnitt zu sprechen sein, da sich hinter der Sammelbezeichnung „Rabatt“ höchst unterschiedliche wirtschaftliche Sachverhalte verbergen können, deren Analyse für ihre wettbewerbsrechtliche Beurteilung unumgänglich ist.

---

[12]) So Rasch, § 3, Anm. 5b, dagegen Langen, Anm. 3b.
[13]) Günther, ZHR, 125. Band, 1962, S. 38 ff. (40).
[14]) So BKartA-TB 1959, S. 21.
[15]) Auf das Vorliegen einer förmlichen Vereinbarung kommt es indessen nicht an; auch konkludentes Handeln und sog. gentlemen's agreements können den Rabattwettbewerb beschränken (BKartA-TB 1962, S. 27/28, Heizungsumwälzpumpen; S. 34, Stahlradiatoren).
[16]) ähnlich, jedoch allgemeiner gehalten, bei Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, 1956, S. 15; Mayer, Kartelle, Kartellorganisation und Kartellpolitik, 1959, S. 22.
[17]) So zutreffend für Kartelle im allgemeinen Isay, Geschichte der Kartellgesetzgebungen, 1955, S. 4; a. A. Lukes, Der Kartellvertrag, 1959, S. 81.

§ 2 Rabatte, ihre wirtschaftlichen Erscheinungsformen und Grundtypen

I. Die Erscheinungsformen von Rabatten

Bereits das Rabattgesetz[18]) regelt die Gewährung von Preisnachlässen zu Zwecken des Wettbewerbs. Der Geltungsbereich dieses Gesetzes ist jedoch — wie sich aus § 1 Abs. 1 Rabattgesetz ergibt — gegenüber dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen insofern ein anderer, als es lediglich auf die Gewährung von Rabatten bei Veräußerung von Waren des täglichen Bedarfs an den letzten Verbraucher oder bei Ausführung von gewerblichen Leistungen für den letzten Verbraucher Anwendung findet. Dabei kann es hier dahinstehen, wer im einzelnen als Letztverbraucher anzusehen ist. In der Regel wird es derjenige sein, der die Ware ihrer natürlichen Bestimmung gemäß verwendet[19]). Es ist jedenfalls derjenige n i c h t letzter Verbraucher, der die Ware oder Dienstleistung noch gewerbsmäßig veräußert[20]). Schon daraus ergibt sich, daß die zum Rabattgesetz entwickelte Rechtsprechung und Lehre nur sehr begrenzt zur Erörterung des Rabattbegriffes in § 3 GWB heranzuziehen ist[21]). § 3 GWB erlangt — wie sich später noch herausstellen wird — im wesentlichen gerade Bedeutung für die Rechtsbeziehungen zwischen Hersteller- und Handelsstufe, also in einem Bereich, in dem es gerade n i c h t um den Einzelverkauf an den „letzten Verbraucher" geht. Das Rabattgesetz gilt daher neben dem GWB weiter[22]). Diese Feststellung rechtfertigt und erfordert eine gesonderte Betrachtung der einzelnen Rabatt-Arten speziell unter dem Aspekt des § 3 GWB.

Rabatte sind Verminderungen des üblichen oder allgemein angekündigten Nominalpreises. Die denkbaren Arten und Anlässe der Rabattgewährung sind vielfältig. Je nach Einteilungsfeinheit wird man bis zu 50 Arten von Rabatten unterscheiden können[23]). Eine erste Unterteilung ließe sich danach vollziehen, ob die Rabatte in Geld gewährt werden, also bereits vom Rechnungsendbetrag abgesetzt

---

[18]) Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz) vom 23. 11. 1933 (RGBl. I, 1011), letzte Änderung vom 11. 3. 1957.

[19]) so RGZ 153, S. 139 ff. (141); auch Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl., 1954, § 1 RabG, Anm. VII (S. 1032).

[20]) so zutreffend Baumbach-Hefermehl, § 1 RabG, Randnr. 12.

[21]) im Ergebnis übereinstimmend v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3, Rdnr. 26.

[22]) übereinstimmend Rinck, Rdnr. 656.

[23]) so Rinck, Rdnr. 655; ferner Sölter, DB 1957, S. 887 ff. (887); ders., Gem. Komm. I, § 3, Rdnr. 7.

werden, oder ob sie unter Beibehaltung des Rechnungsendbetrages als sogenannte Naturalrabatte in Form zusätzlicher unberechneter Warenlieferungen oder Dienstleistungen erfolgen. Die Gewährung in der erstgenannten Form ist zwar die Regel, doch wird der Rabattgewährende seine Entscheidung über die Form des Rabattes auch wesentlich von seiner eigenen finanziellen Situation abhängig machen. Bei angespannter Liquiditätslage ist es für ihn günstiger, wenn seine Forderungen nicht noch durch Einräumung von Geldrabatten gekürzt werden. In einem solchen Fall — dieses gilt umsomehr bei ohnehin erhöhtem Lagerbestand des Rabattgebers — wird er die Gewährung von Naturalrabatt bevorzugen.

Es ist also nicht nur der handelsübliche — meist prozentuale — Abzug vom Rechnungsendbetrag als Rabatt anzusehen, sondern ebenso die unberechnete Mehrlieferung. Entscheidend ist, ob der Käufer infolge der Rabatteinräumung pro Einheit der erworbenen Ware oder Dienstleistung weniger zu zahlen hat, als er normalerweise pro Einheit zahlen müßte, wenn ihm der Rabatt nicht gewährt würde. Geht man hiervon aus, ist es unerheblich, ob der Rabatt in Form von Barnachlässen oder in Form von unberechneten Mehrlieferungen gewährt wird. Der wirtschaftliche Effekt ist in beiden Fällen für den Rabattempfänger der gleiche[24]), so daß es gerechtfertigt erscheint, eine Differenzierung nach Geld- und Naturalrabatten im folgenden außer Ansatz zu lassen.

II. Grundtypen von Rabatten

Schwieriger hingegen ist eine Systematisierung der denkbaren Rabatte nach Grund oder Anlaß ihrer Gewährung. Hierbei ist zunächst — wenn auch nur gedanklich — zu unterscheiden nach Rabatten, deren Einräumung sich bei bereits konkretisierten Geschäftsbeziehungen vollzieht und die Entgeltcharakter haben, und anderen, die als Mittel im Wettbewerb ausschließlich dazu zu dienen bestimmt sind, den künftigen Marktanteil des Rabattgebers auf Kosten der Mitbewerber zu erhöhen. Im Gesetz ist diese Unterscheidung nicht zum Ausdruck gekommen, doch erscheint eine solche Differenzierung schon deshalb angebracht und erforderlich, weil Rabatte ungeachtet ihrer nominellen Gleichbezeichnung weder logisch noch im Hinblick auf den hinter ihnen stehenden wirtschaftlichen Sachverhalt stets auf ein und derselben Ebene liegen. Es sei ausgegangen von solchen Rabatten, denen bereits konkretisierte Geschäftsbeziehungen zugrunde liegen.

---

[24]) Im Ergebnis übereinstimmend v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3, Rdnr. 38.

1. Rabatte bei bereits konkretisierten Geschäftsbeziehungen

a) Warenbezogene Rabatte

Die im wirtschaftlichen Verkehr am häufigsten anzutreffenden Rabatte sind solche, die mit der gelieferten Ware oder den geleisteten Diensten in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Ihre Gewährung hängt direkt ab von der vom Käufer erworbenen Güter-Menge. Der Einräumung solcher Mengenrabatte liegt die Tatsache zugrunde, daß verschiedene Kosten des Lieferanten sehr stark mengenabhängig sind. Das gilt insbesondere für die Kosten der Produktion, die sich durch rationelle Großserienfertigung, Massenbeschaffung des benötigten Vormaterials, langfristige Planung und ähnliches pro Einheit des hergestellten Gutes ganz erheblich vermindern können. Hinzu kommt, daß andererseits die Kosten des Vertriebes im wesentlichen auftragsfix sind, das heißt, daß diese Kosten unverändert anfallen, gleichgültig, ob etwa mit einem einzelnen Umsatzakt zehn oder hundert Wareneinheiten umgesetzt werden[25]).

Ist die normale und üblicherweise angekündigte Preisstellung unter Zugrundelegung des Einzelverkaufs kalkuliert, so ergeben sich für den Lieferanten dann Minderungen an Produktions-, Verwaltungs- und Vertriebskosten, wenn der Verkauf eben nicht einzeln, sondern in größeren „Mengen" erfolgt. An diesen Kostenminderungen läßt der Verkäufer den Käufer partizipieren, indem er ihm einen Rabatt einräumt. Da die Kostenminderungen mit wachsender Auftragsgröße innerhalb gewisser Grenzen gleichfalls wachsen, wird der Rabatt meist in einer Rabattstaffel ausgedrückt, innerhalb deren steigende Auftragsgrößen mit steigenden Abschlägen vom Normalpreis korreliert sind. Insoweit erscheint die Begründung des Mengenrabattes von der betriebswirtschaftlichen Seite her unproblematisch.

Etwas verändert ist die Situation indessen bei den sogenannten Umsatzrabatten. Hier wird nicht auf die Kosteneinsparung durch den einzelnen umfangreicheren Auftrag abgestellt, sondern auf die durch einen Abnehmer bei einem Lieferanten innerhalb einer Periode insgesamt getätigten Bezüge in gleichen oder verschiedenen Waren. Infolge der Zusammenfassung verschiedener Artikel zu unter Umständen völlig heterogenen Warengruppen ergibt sich, daß hier nicht von der mengenmäßigen Betrachtung allein ausgegangen werden kann, sondern daß der addierte Umsatzwert (Warenmenge multipliziert mit Warenpreis) der abgenommenen Güter die Grundlage der Rabattberechnung sein muß. Die relative Höhe der Rabatte ist nach dem Umsatzwertverfahren zwangsläufig geringer als bei reiner Mengenrabattberechnung, denn der sich innerhalb der Berechnungsperiode ergebende Umsatzwert kann auch in vielen kleinen

---

[25]) das heißt weiter, daß auf die einzelne Wareneinheit um so weniger Vertriebskosten entfallen, je größer der Auftrag ist.

— mithin nur noch wenig kostensparenden — Einzellieferungen zustande gekommen sein.

Eine Fortentwicklung des Mengen- und Umsatzrabattes ist der sogenannte Gesamtumsatzrabatt; dieser wird gewährt auf alle Käufe, die der Rabattnehmer innerhalb der Berechnungsperiode mit allen Fabrikanten einer Gruppe getätigt hat und zwar in der Regel wiederum unabhängig von Umfang und Zahl der Einzellieferungen. Gesamtumsatzrabatte sind zwar theoretisch auch möglich, wenn nur die Stückzahl der einzelnen Artikel addiert und hierauf nach Maßgabe einer in Analogie zum einfachen Mengenrabatt gebildeten Rabattstaffel ein Rabatt gewährt wird. Da aber der Rabattgewährung in der Regel nicht nur einheitliche Standardartikel zugrunde liegen, deren Zahl sich möglicherweise noch von Lieferant zu Lieferant addieren ließe, sondern da vielmehr bei einer Rabattgewährung nach Maßgabe der Gesamtbezüge aus einer Vielzahl heterogener Artikel eine gemeinsame Berechnungsgrundlage zu bilden ist, scheidet die reine Mengenrechnung für die Gewährung von Gesamtumsatzrabatten üblicherweise aus. Erfolgt die Höhe der Rabattgewährung innerhalb der Lieferantengruppe aufgrund einer einheitlich abgesprochenen Rabattstaffel, liegt tatbestandsmäßig ein Gesamtumsatzrabattkartell vor.

b) Abnehmerbezogene Rabatte

Eine weitere große Gruppe besteht aus solchen Rabatten, die nicht wegen des besonderen Umfanges der einzelnen Lieferung oder der Gesamtlieferungen in einer Periode gewährt werden; ihre Einräumung macht der Rabattgeber vielmehr von der wirtschaftlichen Stellung seines Abnehmers im Markt abhängig. Diese Rabatte werden im allgemeinen als „Funktionsrabatte" bezeichnet. Sie sollen die Ausübung von Handelstätigkeiten entgelten, die erforderlich sind, um der Ware den Weg vom Hersteller zum Letztverbraucher zu ermöglichen.

Bei der Einräumung von Funktionsrabatten wird in der Regel von einer Dreistufigkeit der Warendistribution ausgegangen (Hersteller, Großhandel, Einzelhandel). Diese Dreiteilung ist im wesentlichen historisch gewachsen, eine zwingende Notwendigkeit, diese Stufenfolge einzuhalten, ist wirtschaftlich nicht nachweisbar. Der Weg der Ware vom Hersteller zum Verbraucher kann sich verkürzen oder verlängern. Ob das eine oder andere eintritt, hängt vorwiegend von der Ware selbst, im übrigen aber auch von der Konjunkturlage und den Angebots- und Nachfrageverhältnissen ab. Die Funktionen selbst können äußerst vielgestaltig sein[26]), sie variieren von Branche zu Branche.

---

[26]) Hierüber eingehend Oberparleiter, Funktionen und Risiken des Warenhandels, 2. Aufl., 1955, durchgehend.

Die wesentlichen händlerischen „Funktionen" sind etwa Lagerhaltung, Werbung, Marktforschung, Kundendienst, also gewisse Nebentätigkeiten, die nicht unmittelbar mit dem eigentlichen Umsatzgeschäft in Verbindung stehen.

Eine weitere Gruppe von abnehmerbezogenen Rabatten — das sei nur der Vollständigkeit halber angemerkt — sind jene, die aus besonderen, gleichfalls in der Person des Rabattempfängers liegenden Gründen, gewährt werden. Diese besonderen Gründe sind indessen in der Regel außerökonomischer, meist sozialer, Natur. Zu Rabatten dieser Art gehören etwa Nachlässe an Studenten bei Familienheimfahrten, Ermäßigungen an Erwerbslose usw. Ein Beispiel für derartige sozialpolitisch motivierte Rabatte bietet § 6 des „Gesetzes über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagen-Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand"[27]). Hier hat der Gesetzgeber sich des Mittels des „Sozialrabattes" bedient, um spezielle sozial- und gesellschaftspolitische Leitvorstellungen zu realisieren. Politische Maßnahmen dieser Art sind von dem Verfassungsauftrag, das Wirtschaftsleben sozial zu gestalten, sicherlich gedeckt[28]). Sie liegen jedoch außerhalb der eigentlichen ökonomischen und wettbewerbsrechtlichen Zuständigkeit und haben daher auch im Rahmen dieser Untersuchung außer Ansatz zu bleiben.

c) Zahlungsbezogene Rabatte

Wieder anderer Art als die bisher behandelten Rabatte sind jene Nachlässe, die unabhängig vom zugrundeliegenden Warengeschäft als Abschläge vom Rechnungsendbetrag im wesentlichen finanztechnische Bedeutung haben. In der kaufmännischen Praxis und teilweise im Schrifttum wird diese Unterscheidung vernachlässigt[29]). Ein zahlungsbezogener Rabatt — besser Skonto genannt[30]) — wird dann gewährt, wenn dem Käufer an sich die Möglichkeit der Inanspruchnahme eines Kredites in Form eines längeren Zahlungszieles seitens des Lieferanten geboten wird, der Käufer von dieser Möglichkeit aber keinen Gebrauch macht und bar oder früher zahlt, als er es gemäß den Zahlungsbedingungen müßte[31]). Ähnlich zu beurteilen sind die entsprechenden Fälle mit umgekehrtem Vorzeichen, nämlich Verlängerungen des Zahlungszieles ohne Aufschlag seitens des Lieferanten. Auch hier handelt es sich bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise um einen zahlungsbezogenen Nachlaß, der lediglich in der Form gewährt wird, daß auf einen an sich fällig gewordenen Säumnisaufschlag verzichtet wird.

---

[27]) Vom 21. Juli 1960, BGBl. I, S. 585 ff.

[28]) Übereinstimmend Rinck, Rdnr. 1139.

[29]) So beispielsweise bei Hellauer, Welthandelslehre, 1950, S. 246.

[30]) Näheres bei Mühlhaupt, DB 1963, S. 921 ff.

[31]) So zutreffend Bouffier, Die Klauseln im Kaufvertrag, 1929, S. 146.

Bei der Schaffung des GWB hat der Gesetzgeber der notwendigen Trennung in waren- und abnehmerbezogene Rabatte einerseits und zahlungsbezogene „Rabatte" andererseits zutreffend Rechnung getragen. Danach gehören zahlungsbezogene „Rabatte" zu den Konditionen, sie unterliegen mithin in kartellrechtlicher Hinsicht den Bestimmungen des § 2 GWB[32]). Gegenstand dieser Untersuchung ist lediglich die Kartellierung von Rabatten gemäß § 3 GWB. Zahlungsbezogene Nachlässe sind ungeachtet ihrer — ungenauen — Bezeichnung keine Rabatte im Sinne von § 3 GWB[33]). Sie bleiben daher bei dieser Untersuchung ausgeschlossen[34]).

2. Rabatte bei noch nicht konkretisierten Geschäftsbeziehungen

Ergänzend zu den vorhergehenden Abschnitten, die die Rabattgewährung und ihre unterschiedlichen Anlässe bei bereits konkretisierten Geschäftsbeziehungen zum Gegenstand hatten, ist nun noch auf einen weiteren Fall der Rabattgewährung hinzuweisen, der mit den bereits erwähnten Arten logisch nicht auf einer Ebene liegt[35]). Hierbei handelt es sich um solche Rabatte, die keinen Entgelt-Charakter tragen und daher auch im eigentlichen Sinne keinen Gegenwert darstellen für eine wie auch immer geartete „Leistung" des Rabattempfängers, sondern die aus sonstigen Anlässen gewährt werden. Diese sonstigen Anlässe sind in der Regel rein wettbewerblicher Natur. Der Rabatt ist dann nur eines der Mittel zur Ausdehnung des eigenen Kundenkreises des Rabattgebers. Damit liegt der Rabatt, beispielsweise als sogenannter Einführungsrabatt, dann auf derselben Ebene wie etwa die Werbung, insbesondere aber der Preiswettbewerb, denn es macht bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise für den Umworbenen keinen Unterschied, ob sich seine Nettoeinstandspreise infolge einer Reduzierung der Warenpreise ermäßigen oder ob bei unveränderten Warenpreisen lediglich ein

---

[32]) Wie hier Rinck, Rdnr. 654, 656.

[33]) Demgemäß müßte wohl die im Einzelhandel übliche Rabattmarke auch als Barzahlungsnachlaß im Sinne der §§ 2, 4 Abs. 1 RabG angesehen werden. Ob die Ausgabe dieser Rabattmarken Gegenstand einer Kartellabsprache sein kann, wäre dann nach § 2 GWB zu beurteilen (a. A. Rinck, Rdnr. 659).

[34]) Zutreffende Ausführungen über das Verhältnis von Preisen und Barzahlungs-„Rabatten" auch im Beschl. des BKartA vom 5. 3. 1960 — „Fotofilme" — WuW/E/BKartA 172 ff. (174, 175); ferner bereits bei Gleiss, NJW 1953, S. 1456 ff. (1458); des weiteren Frankf. Komm., § 2, Rdnr. 23 mit weiteren ausführlichen Nachweisen.

[35]) Ein ähnlicher Grundgedanke auch bei Gerhardt, Rabattwettbewerb und Rabattordnung in einer Wirtschaftsordnung funktionsfähiger Konkurrenz, Diss. Köln 1960, S. 31.

Rabattabzugsposten in entsprechender Höhe „dazwischengeschaltet" wird.

Die Zwischenschaltung eines Rabattabzugspostens anstelle einer offenen Preissenkung kann verschiedene Gründe haben: solche psychologischer Art, um dem Marktpartner das Gefühl einer besonderen Bevorzugung zu vermitteln, seltener nur rein rechentechnische Gründe, etwa um durch den Rabattabzug ein Umrechnen einer Vielzahl von Einzelpreisen auf eine neue (niedrigere) Preislage zu vermeiden[36]). Der wichtigste Grund aber liegt wahrscheinlich in der von der neueren Nationalökonomie entwickelten Theorie der Preisbildung auf bestimmten Märkten, insbesondere denen der Oligopole, die für wesentliche Teile moderner Volkswirtschaften als charakteristisch anzusehen sind. Auf oligopolistischen Märkten kommt es in der Regel nur selten zu offenen Preiskämpfen, jeder Wettbewerber scheut davor zurück, den Preis als Aktionsparameter im Wettbewerb zu benutzen, da er sofort mit Preisreaktionen seiner Mitbewerber rechnen müßte, er somit auch durch Preisreduzierung keinen Umsatzzuwachs erwarten könnte. Der Wettbewerb auf oligopolistischen Märkten verlagert sich infolge der gegenseitigen Abhängigkeit der wenigen Anbieter im allgemeinen auf die Nichtpreisebene, auf Qualität, Werbung, Service usw. Wagt ein Oligopolist aber dennoch einmal den Schritt in den Preiswettbewerb, so wird er dieses aus den angeführten Gründen nur sporadisch und meist geheim, nicht aber in einer offenen allgemeinen Preissenkung tun. Das Mittel, das sich ihm dazu bietet, ist der (Wettbewerbs-) Rabatt bei unveränderten Warenpreisen. Ein solcher Rabatt wird zwar auch stets das äußere Kleid anderer Rabattarten tragen, seien diese nun mengen- oder funktionsbezogen; gleichwohl stimmt er mit diesen Rabatten inhaltlich nicht überein, denn er hat nicht wie jene Entgelt-, sondern eben Wettbewerbs-Charakter. Er soll erst zur Konkretisierung von Geschäftsbeziehungen führen, die den „echten" Rabatten bereits zugrunde liegen.

Somit läßt sich von einem Rabatt unabhängig von dessen Benennung erst nach genauer Prüfung des Einzelfalles feststellen, ob er ein Entgelt für Kostenminderungen oder Mittel des Preiswettbewerbs ist[37]). Nur Rabatte mit Entgelt-Charakter werden von § 3 erfaßt. Auch in diesen „echten" Rabatten können zwar Elemente des Preiswettbewerbs enthalten sein; man wird dieses unter Umständen sogar als die Regel anzusehen haben. Entscheidend ist jedoch, was in einem gegebenen Rabatt jeweils überwiegt; danach wird sich die kartellrechtliche Beurteilung zu richten haben.

---

[36]) So Sölter, Gem.Komm. I, § 3, Rdnr. 15.

[37]) Im Ergebnis übereinstimmend Gerhardt, Rabattwettbewerb und Rabattordnung in einer Wirtschaftsordnung funktionsfähiger Konkurrenz, Diss. Köln 1960, S. 31.

ALLGEMEINE PROBLEMATIK VON RABATTKARTELLEN

§ 3 Die Zulässigkeitsvoraussetzungen

I. Geltungsbereich

§ 3 stellt eine Ausnahme vom Verbotsgrundsatz des § 1 dar. § 3 ist daher nur anwendbar, wenn ohne die Ausnahmebestimmung ein nach § 1 unwirksamer Kartellvertrag oder -beschluß vorliegen würde[38]). Nach § 3 Abs. 1 dürfen Absprachen über die Gewährung von Rabatten nur getroffen werden, „soweit diese Rabatte ein echtes Leistungsentgelt darstellen und nicht zu einer ungerechtfertigt unterschiedlichen Behandlung von Wirtschaftsstufen oder von Abnehmern der gleichen Wirtschaftsstufe führen, die gegenüber den Lieferanten die gleiche Leistung bei der Abnahme von Waren erbringen".

Damit ist die Freistellungsmöglichkeit in mehrfacher Hinsicht begrenzt. Rabatte müssen, um im Rahmen des § 3 kartellfähig zu sein, „echte Leistungsentgelte" darstellen und Diskriminierungen vermeiden. Hierüber wird im einzelnen noch zu sprechen sein. Die Rabatte dürfen darüber hinaus nur bei der Abnahme von W a r e n gewährt werden. § 1 Abs. 1 verbietet Kartellverträge „... soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder g e w e r b l i c h e n L e i s t u n g e n durch Beschränkungen des Wettbewerbs zu beeinflussen. Das gilt nicht, soweit in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist." Für Rabatte, die bei der Abnahme von W a r e n gewährt werden, sind unter bestimmten Voraussetzungen in § 3 Kartellbildungen erlaubt worden. Für Rabatte, die auf die Abnahme von g e w e r b l i c h e n L e i s t u n g e n gewährt werden, bleibt das Kartellverbot des § 1 mithin bestehen[39]).

Auch in anderer Beziehung ist die Ausnahme enger als die Verbotsnorm. § 1 verbietet Absprachen, die geeignet sind, „... die Marktverhältnisse für den V e r k e h r mit Waren oder gewerblichen

---

[38]) Wie hier Baumbach-Hefermehl, § 3, Rdnr. 10; v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3 Rdnr. 40.

[39]) Herrschende Meinung, wie hier Baumbach-Hefermehl, § 3 Rdnr. 10; Langen § 3, Anm. III, 2; Sölter, Gem.Komm. I, § 3, Rdnr. 23; v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3 Rdnr. 50; alleinstehend Lieberknecht, MA 1958, S. 231 ff. (252), der § 3 auch auf Dienstleistungen anwenden will mit der Begründung, daß es sich bei § 3 insoweit „um ein offenbares Versehen des Gesetzgebers handelt".

Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen". „Verkehr" umfaßt die Abnahme und den Bezug von Waren. Freigestellt nach § 3 sind unter bestimmten Voraussetzungen nur Absprachen über Rabatte „bei der Lieferung von Waren", das heißt, daß nur Anbieter (= Hersteller, Lieferanten) von der Ausnahmebestimmung erfaßt werden können. Der Abschluß von Bezugs-Rabattkartellen ist daher durch § 3 in keinem Fall freigestellt[40]). Bezugsrabattkartelle hätten auch — abgesehen von allen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften — kaum Aussichten auf wirtschaftliche Funktionsfähigkeit, denn jeglicher Rabattregelung, die etwa Abnehmer durch ein Bezugsrabattkartell durchzusetzen versuchen sollten, könnten die Anbieter durch Preis-Erhöhungen ausweichen. Rabattkartelle sind nur dann wirtschaftlich wirksam, wenn sie von denjenigen geschlossen werden, die auch die Warenpreise festsetzen. Das sind in aller Regel die Anbieter (= Lieferanten) einer Ware. Preisbildung und Rabattkartellierung müssen daher — um wirtschaftlich funktionsfähig zu sein — auf ein und derselben „Marktseite" liegen. Im übrigen scheint für die Ansicht, auch Bezugsrabattkartelle könnten durch § 3 freigestellt sein, im Gesetz kaum eine Stütze ersichtlich; insbesondere schließt der letzte Satzteil von § 3 Abs. 1 (Verbot unterschiedlicher Behandlung von Abnehmern, „die gegenüber den Lieferanten die gleiche Leistung bei der Abnahme von Waren erbringen") jeden Zweifel daran aus, daß nur Rabattabsprachen auf der Lieferantenseite von § 3 erfaßt werden können[41]).

II. Das „echte Leistungsentgelt" im Sinne von § 3 Abs. 1

Mit dem Erfordernis, daß die Rabatte „echte Leistungsentgelte" darzustellen haben, begibt sich das Gesetz in einen Bereich wirtschaftlicher Wertung, der keineswegs als unproblematisch angesehen werden kann. Es erhebt sich zunächst die Frage, was der Gesetzgeber mit dem Leistungsbegriff in § 3 Abs. 1 hat umschreiben wollen. Man wird die Frage wirtschaftlich interpretieren müssen. Danach liegt eine „Leistung" im Sinne von § 3 Abs. 1 nur vor, wenn der Abnehmer mehr tut, als er schuldrechtlich zu tun ohnehin verpflichtet ist, nämlich den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Ware abzunehmen. Die zusätzliche Tätigkeit des Abnehmers kann

---

[40]) Wie hier v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3 Rdnr. 46, 52; a. A. Baumbach-Hefermehl, § 3 Rdnr. 10, Rowedder, WuW 1959, S. 15, Fußn. 3, beide unter Berufung auf Sölter, DB 1957, S. 887 ff. (889), der aber keinerlei Begründung für seine These liefert. Auch Sölter scheint inzwischen seine Ansicht korrigiert zu haben (MA 1960, S. 897 ff., 899, 900).

[41]) Die Frage ist, soweit ersichtlich, im Schrifttum mit Recht auch nicht weiter erörtert worden; auch von einer Anmeldung eines „Bezugs"-Rabattkartells bei den Kartellbehörden ist nichts bekannt geworden.

in der Übernahme von Lagerhaltung, Werbung und Kundendienst bestehen; sie kann aber auch in der Abnahme geschlossener Großlieferungen liegen. Hier indessen erhebt sich die Frage nach einem geeigneten Maßstab zur Beurteilung wirtschaftlicher Leistungen. Rabatte, Leistungs-„Entgelte" sind Größen, die sich in Geldeinheiten ausdrücken lassen; für die „Leistungen" selbst trifft dieses hingegen nicht zu. Diese bedürfen erst einer gewissen Transformation, ehe sie mit Geldgrößen verglichen werden können. Die Leistungen müssen also „bewertet" werden; das kann nur geschehen von demjenigen, f ü r den sie erbracht werden. Nur dieser kann darüber befinden, ob ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten seines Abnehmers ihm nützlich[42]) und wieviel es ihm im einzelnen „wert" ist[43]).

Die Abnehmer-„Leistungen" sind mithin zum Kostenbild des Lieferanten in Beziehung zu setzen; hier findet der Wert der Abnehmerleistungen seinen rechnerischen Ausdruck, so daß sich folgender Satz aufstellen läßt: Der Wert der M e h r leistung eines Abnehmers ist gleich der durch sie im Betrieb des Lieferers entstehenden Kosten-M i n d e r u n g.

Dieser zunächst einfache Zusammenhang kann allerdings im Einzelfall doch wieder recht erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich bringen. Jene Schwierigkeiten beruhen indessen vorwiegend auf der Tatsache, daß es nicht immer möglich ist, sämtliche durch Mehrleistungen von Abnehmern im Betrieb des Rabattgebers entstehenden Kostenminderungen exakt ziffernmäßig zu erfassen; hierauf wird bei der Erörterung der einzelnen Rabattkartell-Arten (im dritten Kapitel dieser Arbeit) noch eingehend zurückzukommen sein. Aus Gründen nicht exakter Meßbarkeit der Kostenbeeinflussungen ist den Rabattgebern somit sicherlich ein gewisser Spielraum bei der Bewertung von Abnehmerleistungen zuzugestehen[44]); im Prinzip ist aber davon auszugehen, daß der Rabattgewährung stets eine tatsächliche Leistung des Rabattempfängers f ü r den Lieferanten gegenüberstehen muß[45]) und daß die Rabatthöhe sich nicht völlig von der durch die Mehrleistung bewirkten Kostenminderung — jedenfalls soweit diese meßbar ist — lösen darf[46]).

Steht dem Rabatt nach Anlaß und Höhe keine entsprechende Leistung des Abnehmers gegenüber, ist der Rabatt kein „echtes Lei-

---

[42]) Sinngemäß übereinstimmend Dürrhammer, DB 1963, S. 37 ff. (37): „Der Satz, daß Leistungen nur in Richtung auf nachgeschaltete Betriebe gesehen werden können, gilt ohne Ausnahme." D. bezeichnet die Leistungsempfänger — also Lieferer, Rabattgeber — als „nachgeschaltete" Betriebe im Sinne der vorausgehenden Ausführungen.

[43]) Übereinstimmend v. Renthe gen. Fink, Gem.Kom, II § 3, Rdnr. 60.

[44]) Insoweit übereinstimmend Baumbach-Hefermehl § 3, Rdnr. 11.

[45]) So auch Langen, § 3, III 3b; Baumbach-Hefermehl, § 3, Rdnr. 11; Müller/Gries, § 3 Rdnr. 8; Mayer-Wegelin, § 3, Anm. 4a.

[46]) Gl. A. Baumbach-Hefermehl, § 3, Rdnr. 11 a. E.

stungsentgelt" im Sinne von § 3 Abs. 1[47]). Für einen solchen Rabatt bleibt mithin die Schranke des § 1 bestehen.

III. Das Diskriminierungsverbot in § 3 Abs. 1

Rabatte müssen, um vom Kartellverbot des § 1 ausgenommen zu sein, nicht nur echte Leistungsentgelte darstellen, sondern sie müssen auch Diskriminierungen vermeiden. Auch § 26 Abs. 2 verbietet marktbeherrschenden Unternehmen, preisbindenden Unternehmen und Kartellen, also auch Rabattkartellen, die Diskriminierung. Sie dürfen „ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln."

Mit diesem Diskriminierungsverbot stimmt die Bestimmung des § 3 Abs. 1 sinngemäß überein[48]). Materiell fordern beide Bestimmungen die gleiche Behandlung gleicher Unternehmen, nicht aber gebieten sie umgekehrt, ungleiche Partner auch ungleich zu behandeln[49]).

Im allgemeinen — so in § 26 Abs. 2 — schützt das Diskriminierungsverbot die einzelnen Abnehmer von Kartellen, Preisbindern und marktbeherrschenden Unternehmen schlechthin; nach § 3 Abs. 1 dürfen indessen auch Wirtschaftsstufen als G e s a m t h e i t nicht ungerechtfertigt unterschiedlich behandelt werden. Der Begriff „Wirtschaftsstufe" ist problematisch. Um ihn zu erfassen, wird man von der Tatsache auszugehen haben, daß die Güter von der Herstellung bis zum Verbrauch (oder endgültigem Gebrauch) einer bestimmten Folge von Umsatzvorgängen unterworfen sind, deren einzelne die umgesetzten Güter jeweils „konsumreifer" machen. Die Zahl der Umsatzvorgänge variiert mit der Art der Güter und dem Absatzsystem überhaupt. Die traditionelle Einteilung in Herstellung, Großhandel und Einzelhandel kann somit höchstens einen gewissen An-

---

[47]) Das Adjektiv „echt" ist hier sicherlich nicht sinnlos und überflüssig, wie Dörinkel (WuW 1957, 607, 610 Fußnote 6) meint, sondern dient vielmehr der näheren Bestimmung der Beziehungen, die zwischen Rabatt und Leistung vorzuherrschen haben. Gl. A. v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3, Rdnr. 55.

[48]) So auch KG, Beschl. v. 15. 12. 1959 — „Tapeten" — WuW/E/OLG 317 ff. (320); desgl. Sölter, Gem.Komm. I, § 3, Rdnr. 26.

[49]) Herrschende Meinung, wie hier Rinck, Rdnr. 870, Benisch, Gem.Komm. I § 26, Anm. 44, 48; v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3, Rdnr. 76; BKartA-TB 1959, S. 22; abweichend Sölter, DB 1957, S. 887 ff. (890), nach dessen Ansicht aus unterschiedlicher Leistung auch ein unterschiedlicher Rabatt resultieren muß; kritisch hierzu bereits Langen, § 3, Anm. III 4a; Mayer-Wegelin, § 3, Anm. 4b.

halt bieten, erschöpfend ist sie indessen nicht[50]). Sie kann sowohl zu weit als auch zu eng sein. Hersteller können Tätigkeiten des Großhandels und Einzelhandels an sich ziehen und Verbraucher unter Ausschaltung des Handels direkt beliefern; andererseits kann auch der Großhandel in sich noch mehrfach aufgegliedert sein. Alle Versuche, Wirtschaftsstufen formal nach äußeren Kennzeichen abgrenzen zu wollen, etwa danach, ob die beteiligten Unternehmen jeweils einem einheitlichen Fachverband angehören[51]), müssen unbefriedigend bleiben. Worauf es im Zusammenhang mit der Rabattgewährung lediglich ankommen kann, ist das wirtschaftliche Verhältnis des Abnehmers zu dem Rabattgeber. Macht dieser beispielsweise die Rabattgewährung von der Abnahme-M e n g e abhängig, so ergeben sich die Wirtschaftsstufen nach q u a n t i t a t i v e n Kriterien; alle Abnehmer, die gleiche Mengen abnehmen, müssen den gleichen Rabatt erhalten und zwar unabhängig davon, ob sie sich im übrigen beispielsweise als Großhändler, Weiterverarbeiter oder Einzelhändler betätigen[52]). Erfolgt die Rabattgewährung hingegen nach funktionellen Gesichtspunkten, also danach, ob die Abnehmer etwa gleichzeitig Lagerhaltung, Werbung, Marktforschung usw. übernehmen, so ergibt sich die Wirtschafts-„Stufe" aus der Gemeinsamkeit händlerischer Tätigkeitsmerkmale. Alle Abnehmer, die gleiche Tätigkeiten für den Lieferanten ausüben, müssen dafür auch mit dem gleichen Rabatt „entlohnt" werden.

Betrachtet man nunmehr die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 in ihrem Verhältnis zueinander, so ergibt sich, daß das Problem der „echten Leistungsentgelte" praktisch das Problem der Nichtdiskriminierung einschließt. Rabatte, die Leistungen der Abnehmer „echt", das heißt äquivalent, entgelten, vermeiden aus sich heraus zwangsläufig jede Diskriminierung. Ob man allerdings mit dem Kammergericht[53]) Identität zwischen beiden Begriffen annehmen darf, muß bezweifelt werden. Rabatte, die echte Leistungsentgelte sind und als solche gewährt werden, vermeiden zwar per se Diskriminierungen, nicht aber sind alle nichtdiskriminierenden Rabatte auch gleichzeitig echte Leistungsentgelte, nämlich dann nicht, wenn die Leistungen a l l e r Abnehmer nicht durch äquivalente, sondern durch über- oder unterwertige Rabatte entgolten werden. Auch dann vermeiden die Rabatte zwar Diskriminierungen, sie sind aber gleichwohl keine „echten" Leistungsentgelte, sondern lediglich Rechengrößen. Entscheidendes Zulässigkeitskriterium ist daher die Leistungsäquivalenz der Rabatte; liegt diese vor, besteht eine Gefahr der Diskriminierung durch diese Rabatte nicht mehr.

---

[50]) A. A. Scheufele, WuW 1958, S. 334 ff. (340).

[51]) So vorgeschlagen von Langen, § 3 Anm. III 4b.

[52]) So sinngemäß auch BKartA-TB 1959, S. 22.

[53]) KG, Beschl. vom 15. 12. 1959 — „Tapeten" — WuW/E/OLG 317 ff. (320).

Zusammenfassung

I. 1. Nur Rabatte, die bei der Abnahme von W a r e n gewährt werden, dürfen bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen kartelliert werden. Für Rabatte, die bei der Abnahme von D i e n s t l e i s t u n g e n (gewerblichen Leistungen) gewährt werden, bleibt das Verbot des § 1 bestehen.

2. Bezugsrabattkartelle werden von der Ausnahmeregelung des § 3 nicht erfaßt.

II. 1. Ein echtes Leistungsentgelt im Sinne von § 3 Abs. 1 liegt dann vor, wenn der Rabattgewährung eine tatsächliche Leistung des Abnehmers für den Lieferanten gegenübersteht. Wertmesser für die Leistung des Abnehmers ist die Kostenminderung, die der Lieferer infolge dieser Leistung genießt.

2. Das Diskriminierungsverbot in § 3 Abs. 1 stimmt mit dem Diskriminierungsverbot in § 26 Abs. 2 sinngemäß überein. Das Diskriminierungsverbot fordert die gleiche Behandlung gleicher Unternehmen, nicht aber auch die ungleiche Behandlung ungleicher Partner.

3. Das Diskriminierungsverbot des § 3 Abs. 1 schützt nicht nur einzelne Abnehmer, sondern auch ganze Wirtschaftsstufen.

4. Rabatte, die „echte Leistungsentgelte" darstellen, vermeiden aus sich heraus Diskriminierungen. Nicht hingegen sind auch alle nichtdiskriminierenden Rabatte gleichzeitig echte Leistungsentgelte.

§ 4 Zur Rechtswirksamkeit von Rabattkartellen

I. Anmeldung zum Kartellregister

Verträge und Beschlüsse über die einheitliche Gewährung von Rabatten müssen schriftlich abgefaßt (§ 34 GWB) und bei der zuständigen Kartellbehörde angemeldet werden (§ 9 Abs. 2 Satz 1). Die Zuständigkeit bestimmt sich im allgemeinen nach § 44 GWB. Danach ist das Bundeskartellamt immer dann zuständig, wenn die Beschränkung des Rabattwettbewerbs über das Gebiet eines Landes hinauswirkt (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. d). Das wird in aller Regel auf Rabattkartelle zutreffen; hat ausnahmsweise eine Absprache nur eine regional begrenzte Beschränkung des Rabattwettbewerbs zum Gegenstand, dann nehmen die Landeskartellbehörden die im Gesetz der Kartellbehörde übertragenen Aufgaben und Befugnisse wahr. Auch Rabattabsprachen von nur regionaler Bedeutung bedürfen aber der Anmeldung zur Eintragung in das Kartellregister (§ 9 Abs. 2 Satz 1). Dieses wird einheitlich beim Bundeskartellamt geführt

(§ 9 Abs. 4 Satz 1). Infolgedessen sind die Anmeldungen von Rabattkartellen auch dann beim Bundeskartellamt zu bewirken — persönlich oder in öffentlich beglaubigter Form (§ 9 Abs. 5 Satz 1) —, wenn im übrigen nach § 44 die Zuständigkeit einer Landeskartellbehörde gegeben ist[54]).

Die „Anmeldung" ist bei Rabattkartellen nicht nur eine bloße „Anzeige" an die Kartellbehörde über Abschluß und Inhalt des Kartellvertrages, sondern vielmehr eine verfahrensrechtliche Erklärung, mit der der Anmelder ein Nichtwidersprechen der Kartellbehörde erreichen will[55]). Das Nichtwidersprechen erfolgt in der Regel durch Einstellung des Anmeldeverfahrens nach § 57 Abs. 2 ohne Widerspruchsverfügung innerhalb der Widerspruchsfrist oder auch — in Ausnahmefällen — durch sachliche Nichtwiderspruchsentscheidung[56]), wozu die Kartellbehörde nach § 3 Abs. 3 Satz 1 jedoch gleichfalls nur innerhalb der dreimonatigen Widerspruchsfrist ermächtigt ist[57]).

II. Das „Anhören" der Wirtschaftsstufen, für die die Rabattregelung gelten soll

Vor der Anmeldung sind die Wirtschaftsstufen zu hören, für die die Rabattregelung gelten soll. Ihre Stellungnahmen sind der Anmeldung beizufügen. (§ 3 Abs. 2 Satz 1 und 2). Durch diese Regelung soll einem einseitigen Rabattdiktat seitens der kartellbegehrenden Rabattgeber vorgebeugt werden; die Betroffenen sollen auch ihrerseits ihre Interessen geltend machen können[58]). Es soll ferner damit erreicht werden, daß die Kartellbehörde schon bei Eingang der Anmeldung in die Lage versetzt wird, sich ein Bild von der Situation in der jeweiligen Branche zu verschaffen, ohne hierzu erst eigene langwierige Erhebungen anzustellen, zu denen sie innerhalb der relativ kurzen Widerspruchsfrist von drei Monaten unter Umständen auch nicht hinreichend imstande wäre.

Der Gesetzgeber ließ sich bei dieser Regelung offenbar auch von der Vorstellung leiten, daß zwischen dem Kartell und den Wirtschaftsstufen, für die die Rabattfestsetzung gelten soll, ein starkes natürliches Spannungsverhältnis bestehen werde, so daß auch aus diesem Grunde die Stellungnahmen wesentlich zur Klärung der Kar-

---

[54]) Übereinstimmend BKartA, Bekanntmachung Nr. 9/58 betr. Verwaltungsgrundsätze über das Verfahren bei der Anmeldung von Kartellen, Bundesanzg. Nr. 107 v. 7. 6. 1958, abgedr. bei Baumbach-Hefermehl, S. 1290, Langen, Anh. XI, S. 494 ff.; insoweit bestätigt durch Bayr.OLG, Beschl. vom 31. 5. 1960 — „Überläuferkartelle" — BB 1960, S. 961.

[55]) Anders in den Fällen des § 6 Abs. 1, in denen die Anmeldung lediglich Anzeigecharakter hat.

[56]) So wohl auch KG, Beschluß v. 10. 7. 1962 — „Polyesterlichtplatten" — WuW/E/OLG 478 ff. (480, unter 3.), hierüber unten § 4, III.

[57]) So auch Buschmann, BB 1963, S. 584 ff. (584).

[58]) Übereinstimmend Buschmann, a.a.O., S. 585.

tellauswirkungen beitragen könnten. Einer solchen Vorstellung kann indessen nur mit Einschränkungen zugestimmt werden. Es ist durchaus denkbar, daß eine positive Stellungnahme der unmittelbar betroffenen Wirtschaftsstufen, durch die der Anschein der Unbedenklichkeit der angestrebten Rabattregelung erweckt wird, lediglich auf überhöhte Rabattzugeständnisse der Kartellmitglieder zurückzuführen ist, die diese auf vorher entsprechend erhöhte Warenpreise gewähren. In einem solchen Fall träfe die Rabattkartellierung in ihren Auswirkungen keineswegs die Wirtschaftsstufen, für die sie laut Anmeldung „gelten soll" (und die demgemäß zu „hören" sind), sondern nachgelagerte Abnehmerkreise, insbesondere Verbraucher, denen eine Weiterwälzung der mit der Kartellbildung möglicherweise entstehenden Lasten nicht gegeben ist. Die Interessen der insoweit durch eine Kartellierung nach § 3 indirekt betroffenen, aber nicht zu hörenden, Marktteilnehmer wird die Kartellbehörde daher von sich aus wahrzunehmen haben, wozu auch besonders § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 einen Hinweis bietet[59]).

Die Kartellbehörde ist zwar in ihrer Entscheidung nicht an die Stellungnahme der Wirtschaftsstufen gebunden[60]), sondern bildet sich ihr Urteil aus eigenem Entschluß. Dennoch wird dieser Entschluß mindestens von den Anhörergebnissen mitbeeinflußt werden. Auch aus diesem Grunde ist es daher erforderlich, die Anhörung so umfassend zu gestalten, daß sowohl dem Kartell als auch der Kartellbehörde in repräsentativer Weise die Auffassung der von der Kartellregelung Betroffenen zur Kenntnis kommt[61]). Dabei kann es möglicherweise hinreichend sein, die Stellungnahmen von Fachverbänden der Wirtschaftsstufen zum Beweis über das erfolgte Anhören der Anmeldung beizufügen[62]); Voraussetzung ist dann aber, daß diese Fachverbände als repräsentativ für die anzuhörenden Wirtschaftsstufen anzusehen sind[63]). Falls ein Fachverband nur einen Teil der zu hörenden Wirtschaftsstufen repräsentiert, muß ebenso der außerhalb des Verbandes stehende Teil der in Betracht kommenden Wirtschaftsstufen gehört werden[64]), wobei selbst ein nur verhältnismäßig geringer Anteil am Absatz von Kartellware dieser Verbandsaußenseiter das Erfordernis der Anhörung nicht ausschließt[65]). Da das Anhören der Wirtschaftsstufen zwingend vorgeschrieben ist, können sich Anmelder, die diesem Erfordernis nur unvollkommen genügen, auch nicht darauf berufen, daß ihnen be-

---

[59]) Gl. A. Langen, § 3 Anm. IV.
[60]) So auch Sölter, Gem.Komm. I, § 3, Anm. 39.
[61]) BKartA., Beschl. v. 26. 4. 1962 — „Spezialfrischhalteumschläge für Butter" — WuW/E/BKartA 488 ff. (489).
[62]) So Büntig, BB 1958, S. 10 ff. (11).
[63]) Gl. A. Langen, § 3, Anm. IV; Sölter, Gem.Komm. I, § 3, Anm. 38.
[64]) So v. Brunn, Gem.Komm. I, § 2, Anm. 30.
[65]) BKartA, Beschl. vom 26. 4. 1962 — „Spezialfrischhalteeinschläge" — WuW/E/BKartA 488 ff. (490).

stimmte Unternehmen und Verbände nicht bekannt gewesen seien[66]). Ob neben den gehörten noch andere Abnehmergruppen existieren, die gleichfalls hätten gehört werden müssen, wird die Kartellbehörde unter Umständen erst durch eigene ergänzende Ermittlungen feststellen können. Der Grundsatz des § 54 Abs. 1, daß die Kartellbehörde alle erforderlichen und möglichen Ermittlungen von amtswegen durchzuführen habe, gilt zwar insoweit auch im Anmeldeverfahren. Das ändert aber nichts an der Nachweislast (§ 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1) der Kartellanmelder über die richtige Erfüllung der Anhörpflicht, denn die Abgabe einer Stellungnahme ist bei der wesentlichen Bedeutung, die die Rabattkartellierung in der Regel für die nachfolgenden Wirtschaftsstufen haben wird, nicht nur notwendig, sondern den Wirtschaftsstufen in § 3 Abs. 2 auch garantiert[67]).

Die Art und Weise der Anhörung selbst ist im Gesetz nicht näher bestimmt; sie muß aber sicher in „angemessener" Weise erfolgen. Wenn auch dieses Erfordernis nur in § 2, nicht hingegen in § 3, ausdrücklich erwähnt ist, so wird man doch wegen der gleichen Interessenlage und der insoweit übereinstimmenden Ausgestaltung des Anmeldeverfahrens annehmen müssen, daß der Gesetzgeber hinsichtlich der Art und Weise des Anhörens nicht zwischen § 2 und § 3 hat differenzieren wollen.

Aufschluß geben zur Art und Weise des Anhörens im übrigen auch die hierzu ergangenen Verwaltungsgrundsätze des Bundeskartellamtes[68]). Danach kann, wenn die Stellungnahmen der zu hörenden Wirtschaftsstufen auch nach Anmahnung innerhalb einer angemessenen Frist nicht abgegeben werden, dem Erfordernis des Anhörens dadurch Genüge getan werden, daß der Anmeldung ein Durchschlag der Schreiben beigefügt wird, mit denen die Stellungnahmen erbeten und angemahnt worden sind.

III. Der Eintritt der Rechtswirksamkeit

Rabattkartelle „werden nur wirksam, wenn die Kartellbehörde innerhalb einer Frist von drei Monaten seit Eingang der Anmeldung nicht widerspricht" (§ 3 Abs. 3 Satz 1). In der Zwischenzeit, also von der Anmeldung bis zum Fristablauf, sind die Verträge oder Beschlüsse schwebend unwirksam[69]). Widerspricht die Kartellbehörde nicht, so tritt die Wirksamkeit mit Fristablauf kraft Gesetzes ein und zwar ex nunc[70]); sie reicht also nicht zurück[71]).

---

[66]) BKartA a.a.O. S. 490.
[67]) BKartA, Beschl. v. 23. 4. 1959 — „Öfen" — WuW/E/BKartA 41 ff. (44).
[68]) insbes. Bekanntm. Nr. 9/58 v. 23. 5. 1958, betr. Verwaltungsgrundsätze des BKartA über das Verfahren bei der Anmeldung von Kartellen, abgedr. bei Langen, Anh. XI, S. 494 ff. und Baumbach-Hefermehl, S. 1290.
[69]) Baumbach-Hefermehl, § 3, Anm. 23.
[70]) Baumbach-Hefermehl, § 3, Anm. 23; v. Brunn, Gem.Komm. I, § 2, Anm. 25.
[71]) Rinck, Rdnr. 665.

Ist der Wirksamkeitseintritt durch Fristablauf und Nichtwiderspruch bei Rabattkartellen mithin die Regel, so ist dieses doch nicht die ausschließliche Möglichkeit des Entstehens eines rechtswirksamen Rabattkartells. In zwei Fällen hat das Bundeskartellamt bereits einen anderen Weg eingeschlagen[72]). Für beide Kartellverträge lag ein Antrag auf Erlaubnis nach § 6 Abs. 2 beim Bundeskartellamt vor[73]). Das Bundeskartellamt erteilte die beantragte Erlaubnis jedoch nicht nach § 6 Abs. 2, sondern nach § 3. Auf diese Weise erlangten die zugrundeliegenden Kartellverträge Rechtswirksamkeit, jedoch nicht, wie vorgesehen, als Exportförderungskartelle, sondern als Rabattkartelle.

Ein Exportkartell nach § 6 Abs. 1 bedarf dann der Erlaubnis, wenn die Kartellregelung auch den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen innerhalb des Geltungsbereichs des GWB umfaßt (§ 6 Abs. 2, 1. Halbsatz). Das war bei den erwähnten Absprachen der Fall, denn die Exporte der Abnehmer sollten dergestalt gefördert werden, daß ihnen für nachgewiesene Exporte verbilligte Nachbezugsrechte eingeräumt werden sollten.

Das Bundeskartellamt stellte sich indessen auf den Standpunkt, daß in derartigen Fällen eine Erlaubniserteilung nach § 6 Abs. 2 nicht in Frage komme, da § 6 Abs. 2 ausdrücklich an § 6 Abs. 1 anknüpfe, dieser aber nur Verträge und Beschlüsse erfasse, die sich auf bestimmte Verhaltensweisen auf Auslandsmärkten bezögen. Dieses sei hier indessen nicht festzustellen gewesen, vielmehr seien in den kartellarischen Abreden Regelungen darüber getroffen worden, wie inländischen Abnehmern Vergünstigungen zu gewähren seien. Der Erlaubnisantrag hätte somit bei strenger Auslegung abgewiesen werden müssen. Das Bundeskartellamt hat den Antrag indessen nicht abgewiesen, vielmehr hat es, da es in den Kartellverträgen die materiellen Voraussetzungen für ein Rabattkartell als gegeben ansah, eine Erlaubnis nach § 3 erteilt.

Dieses überrascht zunächst, denn eine Erlaubniserteilung für Rabattkartelle ist im Gesetz nicht vorgesehen. Das Bundeskartellamt begründete seine Entscheidung jedoch damit, daß die verbilligten Nachbezugsrechte als Leistungsentgelte für die erzielten Exporte anzusehen seien, durch die der Umsatz der Kartellmitglieder gefördert werde. Dabei komme es in diesem Zusammenhang nicht darauf an, wie der Preisnachlaß (Rabatt)[74]) im einzelnen berechnet werde,

---

[72]) BKartA, Beschl. v. 22. 2. 1960 — „Exportförderung von Azetat endlos" und Beschl. v. 22. 2. 1960 „Exportförd. f. Zellw.", beide WRP 1960, 215 f.

[73]) Bundesanz. Nr. 70 v. 14. 4. 1959 u. Nr. 205 v. 24. 10. 1959.

[74]) Bedenken, ob es sich dabei überhaupt um Rabatte handelt (so Jessen, BB 1962, S. 697), erscheinen unbegründet. Die Exportvergütungen sind zweifellos Rabatte im rechtlichen wie im wirtschaftlichen Sinne. Ob diese Rabatte allerdings auch ein „echtes Leistungsentgelt" darstellen, ist eine andere Frage, die hier nicht zu entscheiden ist.

da er allen Abnehmern gleichmäßig gewährt werde und somit eine unterschiedliche Behandlung einzelner Abnehmer oder Wirtschaftsstufen nicht vorliege. Sonstige schädliche Wirkungen seien mit den Vereinbarungen nicht verbunden; auch könne die Bestimmung in § 3, daß ein Rabattkartell drei Monate nach der Anmeldung rechtswirksam werde, wenn nicht von der Kartellbehörde fristgerecht Widerspruch erhoben werde, im vorliegenden Fall nicht angewendet werden, denn die Bestimmung setze voraus, daß formell eine Anmeldung nach § 3 vorliege. Es bestünden aber keine Bedenken dagegen, durch Beschluß ausdrücklich die Erlaubnis zu Vereinbarungen zu erteilen, die nach § 3 zu beurteilen seien. Die förmliche Erteilung einer Erlaubnis könne als die stärkere Rechtsform in gleicher Weise wie die Unterlassung des Widerspruchs das Wirksamwerden des Kartellvertrages herbeiführen.

Diesen Entscheidungen wird man im Ergebnis zuzustimmen haben. Insbesondere verdient das letztgenannte Argument Zustimmung, daß die stärkere Rechtsform der Erlaubnis ebenso zur Wirksamkeit führen kann, wie ein Nichtwiderspruch. Fraglich könnte indessen sein, ob die Kartellbehörde überhaupt zu einer Konversion eines Erlaubnisantrages berechtigt ist. Diese Frage wird man nicht generell beantworten können. Es kommt vielmehr auf die Rechtsfolgen an, die sich im Einzelfall an den Antrag knüpfen. In den vorliegenden Fällen war ein Antrag nach § 6 Abs. 2 gestellt worden. Damit hatten sich die Antragsteller einer strengen Prüfung — ohne Fristbindungen — unterzogen, um die Wirksamkeit ihres Kartellvertrages zu erreichen. Die Kartellbehörde durfte also davon ausgehen, daß die Antragsteller den beabsichtigten Erfolg umsomehr unter Bedingungen wollten, die weniger streng sein würden als jene, deren Anwendung sie erwartet hatten[75]).

Dem steht auch nicht entgegen, daß die Formalvorschriften im Falle des Erlaubnisantrages nach § 6 Abs. 2 nicht gänzlich mit jenen der Kartellanmeldung nach § 3 übereinstimmen. Hinsichtlich des Erfordernisses, Stellungnahmen der betroffenen Marktpartner, im einen Fall der Anmeldung, im anderen Fall dem Erlaubnisantrag, beizufügen, stimmen beide Vorschriften sinngemäß jedenfalls überein[76]). Man wird daher mit dem Bundeskartellamt davon ausgehen können, daß eine „Erlaubnis" für ein Rabattkartell dann in Frage kommen kann, wenn ein Kartellbegehren in einen Erlaubnisantrag gekleidet wird, der strengere Prüfungen auslöst als eine bloße Anmeldung, die materielle Rechtslage aber nicht der Kartellart, für die eine Erlaubnis beantragt wird, entspricht, sondern einem Rabattkartell nach § 3.

Aus der zusätzlichen Sicherung des § 3 Abs. 4[77]), wonach die Kartellbehörde in bestimmten Fällen auch noch nach Ablauf der

---

[75]) So auch v. Köhler, NJW 1960, S. 990 ff. (991).
[76]) Dieses scheint v. Köhler, NJW 1960, S. 990 ff. (S. 991, 992) zu übersehen.
[77]) Hierüber im einzelnen unten § 7.

Widerspruchsfrist gegen Rabattkartelle vorgehen kann, ist gefolgert worden, daß die Behörde, wenn sie gegen ein angemeldetes Rabattkartell keinen Widerspruch zu erheben gedenkt, diese Ansicht auch schon vor Fristablauf kundtun könne und damit dem Kartell zu früherer Rechtswirksamkeit verhelfen könne[78]). Sie habe dann immer noch die Möglichkeit, falls erforderlich, ein bereits wirksames Rabattkartell nach § 3 Abs. 4 für unwirksam zu erklären[79]). Diese Ansicht scheint zunächst zutreffend, denn spezielle verfahrensrechtliche Vorschriften des GWB stehen ihr nicht entgegen. Das Gesetz ermächtigt die Kartellbehörde, innerhalb der Dreimonatsfrist gegen das Rabattkartell durch Widerspruch vorzugehen (§ 3 Abs. 3 Satz 1); damit ermächtigt das Gesetz die Behörde aber auch gleichzeitig zur inhaltlich gegenteiligen Sachentscheidung, nämlich vor Ablauf der Dreimonatsfrist auf die Widerspruchsbefugnis zu verzichten und dadurch zugleich die sofortige Wirksamkeit des Kartellvertrages herbeizuführen[80]). Die Kartellbehörde würde sich mit einer solchen Erklärung gegenüber dem Rabattkartell dahingehend binden, daß sie ihm nun nicht mehr einfach widersprechen darf. Es sind auch durchaus Fälle denkbar, in denen ebenso ein rechtliches wie ein wirtschaftliches Bedürfnis dafür bestehen kann, daß die Kartellbehörde sich gegenüber einer Kartellanmeldung rasch erklärt[81]). In solchen Fällen scheint zunächst kaum ein Grund ersichtlich, aus dem heraus die Behörde bei Unbedenklichkeit der angemeldeten Rabattregelung nicht auch nach außen kundtun sollte, daß sie keinen Widerspruch zu erheben gedenke. Gleichwohl bestehen hiergegen Bedenken selbst dann, wenn man die Möglichkeit des vorzeitigen Widerspruchsverzichts nur für o f f e n s i c h t l i c h unbedenkliche Absprachen in Betracht zöge. Das Gesetz gibt allen durch die Rabattregelung berührten Marktbeteiligten in § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 das Recht, innerhalb eines Monats nach Bekanntmachung der Kartellanmeldung nachzuweisen, daß sie durch die Absprache ungerechtfertigt unterschiedlich behandelt werden. Wird dieser Nachweis erbracht, ist die Kartellbehörde zum Widerspruch v e r p f l i c h t e t. Es ist durchaus vorstellbar, daß erst die auf Grund der Bekanntmachung eingehenden Hinweise der Kartellbehörde neue Gesichtspunkte hinsichtlich der angemeldeten Rabattregelung liefern. Wäre zu dieser Zeit das Rabattkartell bereits rechtswirksam geworden, könnte die Behörde nur noch im Rahmen ihrer Mißbrauchsaufsicht oder der völligen Unwirksamerklärung nach § 3 Abs. 4 tätig werden. Das aber würde bedeuten, daß die Kartellbehörde, die einem Rabattkartell gerade erst ausdrücklich zur Rechtswirksamkeit vor Fristablauf verholfen

---

[78]) So Reimann, WRP 1957, S. 319 ff. (322, Fußn. 29).
[79]) Gl. A. Müller/Gries, § 3 Anm. 31.
[80]) ähnlich Rinck, Rdnr. 665; ferner Buschmann, BB 1960, S. 1310 ff. (1311) und neuerdings BB 1963, S. 584 ff. (584).
[81]) gl. A. Buschmann, BB 1960, S. 1311.

hat, nun gegen eben dieses Rabattkartell ein Mißbrauchsverfahren oder ein Verfahren auf Unwirksamerklärung eröffnen müßte. Ein solches Ergebnis erschiene schon aus Gründen der Rechtssicherheit fragwürdig. Außerdem würde durch einen vorzeitigen Widerspruchsverzicht auch das in § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 niedergelegte Recht aller Marktbeteiligten, gegen eine Rabattkartellierung gegebenenfalls den Nachweis der Diskriminierung zu führen, solange das Rabattkartell noch n i c h t rechtswirksam ist, eingeschränkt. Allenfalls könnte man bei besonderer Eilbedürftigkeit eine kartellbehördliche Stellungnahme zu einer angemeldeten Rabattregelung in Form eines vorzeitigen Verzichts des Verbotsvorbehalts dann bejahen, wenn innerhalb der für einen Diskriminierungsnachweis vorgesehenen e i n monatigen Frist nach Bekanntmachung der Anmeldung (§ 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3) keine beachtlichen Hinweise bei der Kartellbehörde eingehen, die gesamte d r e i monatige Widerspruchsfrist seit Eingang der Anmeldung bei der Kartellbehörde (Abs. 3 Satz 1) jedoch noch nicht abgelaufen ist. Dieser Fall könnte aber ohnehin nur dann praktische Bedeutung erlangen, wenn die Veröffentlichung der Kartellanmeldung gemäß § 10 Abs. 1 nur wenig später nach dem Eingang der Anmeldung bei der Kartellbehörde erfolgte, denn der Beginn der einmonatigen Frist für den Diskriminierungsnachweis nach Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 knüpft sich an den Termin der Veröffentlichung, der Beginn der dreimonatigen Widerspruchsfrist hingegen an den Eingang der Anmeldung bei der Kartellbehörde. Diese Ineinanderschachtelung relativ kurzer Fristen, noch dazu mit unterschiedlichen Anfangsterminen, ist gesetzestechnisch sicherlich wenig glücklich[82]); aus alledem wird man aber den Schluß ziehen müssen, daß auch bei Rabattkartellen, die als solche angemeldet werden, ebenso wie bei den übrigen Kartellen mit Verbotsvorbehalt, die Rechtswirksamkeit durch Anmeldung, Nichtwiderspruch und Fristablauf eintritt. Daran ändert auch die nachträgliche Eingriffsmöglichkeit gemäß § 3 Abs. 4 nichts. Mit Sicherheit darf die Kartellbehörde daher vorzeitige positive Erklärungen zu einer Rabattkartellanmeldung solange nicht abgeben, wie die einmonatige Frist nach Veröffentlichung, die das Gesetz für einen etwaigen Diskriminierungsnachweis vorsieht (§ 3 Abs. 3 S. 2 Nr. 3), noch nicht abgelaufen ist[83]). Darüberhinaus aber sollte die Kartellbehörde zur Vermeidung von Zweifel und Rechtsunsicherheit sich aller positiven Stellungnahmen zu angemeldeten Rabattkartellen grundsätzlich enthalten, solange die gesamte dreimonatige Widerspruchsfrist noch läuft[84]).

Ein weiteres Problem ist das der Änderungen und Ergänzungen von Rabattkartellen. § 9 Abs. 2 schreibt vor, daß auch Änderungen

---

[82]) Allgemeine Kritik an der gesetzestechnischen Konstruktion von § 3 auch bei Rasch, § 3, Anm. 5g.

[83]) Gl. A. v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3, Rdnr. 95.

[84]) gl. A. Müller/Gries, § 3 Anm. 32.

und Ergänzungen zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung bei der Kartellbehörde bedürfen. Diese Vorschrift wirft die für Rabattkartelle unter Umständen sehr wesentliche Frage auf, ob auch für diese Änderungen rechtliche Wirksamkeit nur dann eintritt, wenn die Kartellbehörde den Veränderungen nicht widerspricht. Aus dem Gesetz ist zu dieser Frage unmittelbar nichts zu entnehmen. Das Bundeskartellamt hat sie indessen bejaht[85]). Es hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß aus der Tatsache, daß § 3 eine Widerspruchsmöglichkeit gegen Vertragsänderungen und -ergänzungen nicht ausdrücklich erwähne, nicht gefolgert werden könne, daß diese mit der Anmeldung nach § 9 Abs. 2 ohne weiteres wirksam würden, denn mit dem in § 3 Abs. 3 vorgesehenen Widerspruch sollten alle Vereinbarungen erfaßt werden, die eine Regelung im Sinne von § 3 Abs. 1 enthalten. Eine solche Auslegung sei schon deshalb geboten, weil es andernfalls möglich wäre, daß im Wege der Vertragsänderung stärkere als die im Widerspruchsverfahren überprüften Wettbewerbsbeschränkungen durch bloße Anmeldung wirksam würden. Damit würde die Verbotsnorm des § 1 in eine Mißbrauchsnorm umgewandelt und das Anliegen des Gesetzgebers vereitelt, Widerspruchskartelle nur unter bestimmten Voraussetzungen zuzulassen.

Das Kammergericht hat sich insoweit der Auffassung des Bundeskartellamtes angeschlossen[86]). Es weist darauf hin, daß die Anmeldung der Änderungen gemäß § 9 Abs. 2 nur eine, aber nicht die alleinige Voraussetzung für deren Wirksamkeit sei. Es lasse sich dem Gesetz nicht entnehmen, daß der Gesetzgeber die Anmeldung von Vertragsänderungen oder -ergänzungen gegenüber den Erstanmeldungen verschieden behandelt wissen wolle, denn andernfalls „wäre der Gesetzesumgehung durch nachträgliche Anmeldung von Änderungen Tür und Tor geöffnet"[87]).

Den Auffassungen von Kartellbehörde und Kammergericht wird man zuzustimmen haben, und zwar sowohl unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der übrigen Marktpartner als auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des Wettbewerbs als Institution. Die Veränderung eines Rabattkartells durch Aufnahme neuer Mitglieder in das Kartell kann hinsichtlich der Wettbewerbserhaltung von erheblicher Bedeutung sein, und zwar besonders dann, wenn auch die letzten noch vorhandenen Außenseiter, die vor ihrem Kartellbeitritt noch als Kartellregulativ gewirkt und somit für den erforderlichen Mindestwettbewerb gesorgt hatten, sich nunmehr auch vertraglich zum kartelleinheitlichen Verhalten verpflichten; dadurch kann der Wett-

---

[85]) BKartA, Beschl. v. 20. 12. 1960 — „Polyesterlichtplatten" — WuW/E/BKartA 313 ff.; insoweit bestätigt durch Einspr.Entsch. in derselben Sache v. 13. 7. 1961, WuW/E/BKartA 375 ff.

[86]) KG, Beschl. v. 10. 7. 1962 — „Polyesterlichtplatten" — WuW/E/OLG 478 ff.

[87]) KG, a.a.O., S. 480.

bewerb völlig zum Erliegen kommen. Es erscheint nicht angemessen, die Kartellbehörde in einem solchen Falle auf den Weg des Mißbrauchsverfahrens zu verweisen[88]).

Zu bedenken ist allerdings auch, daß das Rechtskleid, in dem das Rabattkartell auftritt, hinsichtlich der Änderungen von Bedeutung sein kann. Die Aufnahme eines neuen Mitgliedes in ein Kartell personengesellschaftlicher Rechtsform erfordert eine Änderung des Gesellschaftsvertrages, bei juristischen Personen und nichtrechtsfähigen Vereinen bleibt der Kartellvertrag unberührt, wenn die Satzung bestimmt, daß die Beitrittserklärung genügt[89]).

Diese Lage ist unter kartellrechtlichen Erwägungen unbefriedigend, denn wenn einem Kartell weitere Mitglieder beitreten können, ohne daß es dazu eines die Anmeldepflicht begründenden Beschlusses oder Vertrages bedarf, besteht die Gefahr, daß das Kartell faktisch der ständigen Aufsicht der Kartellbehörde entgleitet.

Es war vom Gesetzgeber sicherlich nicht beabsichtigt, daß sich an die Organisationsform so unterschiedliche Folgen knüpfen sollten; gleichwohl kann man der Konsequenz der nun einmal im Gesetz getroffenen Lösung nicht ausweichen[90]). Der Ansicht, daß die praktische Bedeutung der Unterscheidung nach der Rechtsform nicht hoch zu veranschlagen sei[91]), kann nicht zugestimmt werden, besonders nicht aus Gründen des Wettbewerbsschutzes. Es ist ein erheblicher Unterschied, ob die Kartellbehörde durch Anmeldung über alle weiteren Wettbewerbsbeschränkungen ständig informiert bleibt oder ob sie etwa auf ihr Auskunftsrecht nach § 46 verwiesen wird, das lediglich von Fall zu Fall Klärung bringen könnte.

Ähnlich wie bei einer Verschärfung der Wettbewerbsbeschränkung durch Mitgliederzuwachs wird man der Kartellbehörde bei sonstigen Änderungen der Rabattabsprache ein Widerspruchsrecht einzuräumen haben, denn ein Rabattkartell, das die Kartellbehörde nach Art und Intensität seiner Wettbewerbsbeschränkung bei der Erstanmeldung noch als vereinbar mit § 3 angesehen hatte, kann durch Veränderung seiner Rabattstaffel möglicherweise den gewährten Rabatten den Charakter eines Leistungsentgelts nehmen oder auch zur Diskriminierung von Wirtschaftsstufen führen. Damit wären aber dem Kartell die materiellen Voraussetzungen seiner rechtlichen Zulässigkeit entzogen. Dem wird man auch nicht entgegenhalten können, daß durch einen erneuten Widerspruchsvorbehalt die Kartelle in der notwendigen Reagibilität auf sich ändernde Marktlagen unbillig beschränkt würden[92]). Jedes Kartellmitglied verzichtet, wenn

---

[88]) So gefordert von Sölter, MA 1960, S. 897 ff. (912).

[89]) RGRK-Komm. zum BGB, 10. Aufl., § 38, Anm. 2; ferner Staudinger-Coing, 11. Aufl., § 54 BGB, Anm. 32.

[90]) Gl. A. Frankf. Komm. § 2, Rdnr. 72.

[91]) So Jessen, WuW 1960, S. 483 ff. (486).

[92]) Dieser Ansicht ist Jessen, a.a.O., S. 487.

es sich in den Kartellverband begibt, auf einen Teil seiner freien und uneingeschränkten Dispositionsfähigkeit, mithin auch darauf, sich wechselnden Marktlagen mit unbeschränkter Reaktionsgeschwindigkeit anpassen zu können. Dieses ist das natürliche und notwendige Korrelat zu den Vorteilen der Wettbewerbsbeschränkung. Ob die möglichen Nachteile, die durch Einschränkung der wirtschaftlichen Reaktionsgeschwindigkeit entstehen können, die Vorteile, die sich die Kartellmitglieder von der Beschränkung des Rabattwettbewerbs erhoffen, aufzehren oder möglicherweise überkompensieren, ist ein Teil der wirtschaftlichen Überlegungen, die die Kartellmitglieder v o r dem Kartellabschluß oder -beitritt anzustellen haben. Die Forderung, Änderungen und Ergänzungen nicht dem Widerspruchsverfahren zu unterwerfen, sondern ihnen lediglich bei nachgewiesenem Mißbrauch entgegenzutreten, kann jedenfalls nicht auf das Argument gestützt werden, daß wirtschaftspraktische Bedürfnisse ungehinderte Anpassungsmöglichkeiten erforderlich machten. Man würde dann einem Rabattkartell die Vergünstigungen zubilligen, die in der Wettbewerbsbeschränkung für die Kartellmitglieder liegen, und g l e i c h z e i t i g für das Kartell noch jene Vorteile verlangen, die in einer individuellen Marktteilnahme liegen. Eine solche Entscheidung erschiene unbillig, und zwar insbesondere im Hinblick auf alle nichtkartellierten Marktteilnehmer.

Zusammenfassung

1. Rabattkartelle bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Anmeldung bei der Kartellbehörde. Dabei ist nachzuweisen, daß die Wirtschaftsstufen, für die die Rabattregelung gelten soll, gehört wurden.
2. In der Regel tritt die Rechtswirksamkeit bei Rabattkartellen ein, wenn die Kartellbehörde innerhalb von drei Monaten seit Eingang der Anmeldung nicht widerspricht. In Ausnahmefällen kann jedoch auch eine ausdrückliche Erlaubnis für ein Rabattkartell in Frage kommen, wenn ein Kartellbegehren in einen Erlaubnisantrag gekleidet wird, der strengere Prüfungen auslöst als eine Rabattkartellanmeldung, die Rechtslage aber nicht der Kartellart, für die die Erlaubnis beantragt wurde, entspricht, sondern einem Rabattkartell.
3. Ein Verzicht der Kartellbehörde auf ihr Widerspruchsrecht ist unzulässig, solange die einmonatige Frist für einen etwaigen Diskriminierungsnachweis durch Marktbeteiligte noch nicht abgelaufen ist; verzichtet die Kartellbehörde nach Ablauf dieser Frist, aber noch innerhalb der gesamten dreimonatigen Widerspruchsfrist, auf ihr Widerspruchsrecht, so erlangt das Kartell bereits mit dem Zeitpunkt des Verzichts Rechtswirksamkeit. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte ein derartiger Verzicht von der Kartellbehörde jedoch nicht ausgesprochen werden.

4. Auch Änderungen und Ergänzungen von Rabattkartellen, die eine Verschärfung der Wettbewerbsbeschränkung bewirken, unterliegen dem Widerspruchsvorbehalt der Kartellbehörde.

§ 5 Der Widerspruch gegenüber Rabattkartellanmeldungen

I. Widerspruch wegen fehlender Nachweise der Kartellanmelder

Ob die Kartellbehörde gegenüber einer Rabattkartellanmeldung Widerspruch erhebt oder untätig bleibt, ist nicht ihr überlassen; das Gesetz räumt ihr kein Handlungsermessen ein. Die Behörde „hat zu widersprechen", wenn mindestens eine der in § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 — 3 bezeichneten Voraussetzungen vorliegt.

Danach muß die Kartellbehörde widersprechen (Nr. 1), wenn es bei den Rabatten, über die die Absprache getroffen wurde, an den gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 (echtes Leistungsentgelt, Vermeidung von Diskriminierungen) fehlt. Das ist insoweit selbstverständlich, als die Kartellbehörde ohnehin die Anmeldung einer Rabattabsprache, für die die Verbotsschranke des § 1 n i c h t aufgehoben ist, nicht unwidersprochen hinnehmen dürfte. § 3 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 erlangt aber Bedeutung für den Fall, daß die Kartellbehörde den Ablauf der Widerspruchsfrist übersieht, daß sie infolge Irrtums einen an sich gebotenen Widerspruch unterläßt oder daß einfach die Akten über die Absprache nach Eingang der Anmeldung bei der Behörde in Verlust geraten[93]). In allen Fällen wird das Kartell bei unterlassenem Widerspruch mit Ablauf der Dreimonatsfrist rechtswirksam[94]). Die Kartellbehörde behält aber, wenn sich die Unzulässigkeit der Absprache später herausstellt, nicht nur das Recht, sondern sie hat sogar die P f l i c h t, gegen die gesetzwidrige Absprache vorzugehen[95]), wozu im übrigen auch § 3 Abs. 4 einen Hinweis bietet.

Darüberhinaus stellt § 3 Abs. 3 S. 2. Nr. 1 aber noch einmal die Nachweispflichten der Kartellanmelder heraus; s i e müssen mindestens hinreichend dartun[96]), daß die Absprache die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 erfüllt und „daß die Wirtschaftsstufen gehört worden sind, für die die Rabattregelung gelten soll". Die Tatsache, daß der fehlende Nachweis hierüber zwingend zu einem Widerspruch führt, unterstreicht, welche Bedeutung der Gesetzgeber der Möglichkeit

---

[93]) Dieses Beispiel bringt v. Köhler, BB 1960, S. 503 ff. (503).
[94]) Baumbach-Hefermehl, § 3, Rdnr. 25; v. Köhler, BB 1960, S. 503 ff. (503); v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3, Rdnr. 96.
[95]) übereinstimmend KG, Beschl. v. 8. 2. 1963 — „Interessengemeinschaft" — WuW/E/OLG 540 ff. (543).
[96]) KG Beschl. v. 8. 2. 1963 — „Interessengemeinschaft" — WuW/E/OLG 540 ff. (544).

beigemessen hat, daß auch die Betroffenen ihre Interessen geltend machen können[97]). Ist das Anhören der Wirtschaftsstufen unterblieben, kann dieser Mangel demgemäß auch nicht rückwirkend geheilt werden[98]), etwa dadurch, daß nicht gehörte Wirtschaftsstufen sich nach Bekanntmachung der Kartellanmeldung im Bundesanzeiger (§ 10 Abs. 1 Nr. 2) von sich aus an die Kartellbehörde wenden und begründete Stellungnahmen einreichen, wobei dann unerheblich ist, ob diese Stellungnahmen ablehnenden oder zustimmenden Inhalts gegenüber der Rabattabsprache sind. Im übrigen wurde auf das „Anhören" oben[99]) ausführlich eingegangen; ein erneutes Aufgreifen an dieser Stelle erübrigt sich daher.

II. Widerspruch wegen schädlicher Wirkungen des angemeldeten Rabattkartells

Die Kartellbehörde hat der Rabattkartellanmeldung auch dann zu widersprechen, wenn der Vertrag oder Beschluß „offensichtlich schädliche Wirkungen für den Ablauf von Erzeugung oder Handel oder für die angemessene Versorgung der Verbraucher hat, insbesondere die Aufnahme der gewerblichen Tätigkeit in einer Wirtschaftsstufe erschwert" (Abs. 3 Satz 2 Nr. 2). Diese Bestimmung erscheint in mancher Hinsicht problematisch. Sie ist rein wirtschaftspolitisch orientiert[100]) und sehr allgemein gefaßt.

Die Tatsache, daß Rabattkartellen aus den Gründen des Absatz 3 Satz 2 Nr. 2 nur dann widersprochen werden darf, wenn die angemeldete Kartellabsprache „offensichtlich schädliche Wirkungen" hat, läßt die Frage der Vorhersehbarkeit der mit einem Rabattkartell möglicherweise verbundenen negativen Folgen entstehen. Nach dem Wortlaut der Bestimmung scheint es zunächst so, daß es nicht genügt, wenn die schädlichen Wirkungen möglicherweise eintreten k ö n n e n, sondern daß sie augenfällig sein müssen[101]). Das wäre aber sicherlich zu eng, denn eine derartige Augenfälligkeit — etwa im Sinne zweifelsfreier Eindeutigkeit — könnte schon deshalb schwerlich generell gefordert werden, weil ökonomischen Vorgängen nicht stets eindeutige Ursache-Wirkung-Beziehungen zugrunde liegen. Demgemäß sind hypothetische Analysen, mit deren Hilfe aus gegebenen Ursachen eindeutige Wirkungen etwa im naturwissenschaftlich-physikalischen Sinne abgeleitet werden könnten, in der Wirtschafts-

---

[97]) So Buschmann, BB 1963, S. 584 ff. (585); ferner wohl auch BKartA, Beschl. v. 26. 4. 1962 — „Spezialfrischhalteumschläge" — WuW/E/BKartA 488 ff.

[98]) Gl. A. Baumbach-Hefermehl, § 3, Anm. 27; einschränkend v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3, Rdnr. 102.

[99]) § 4, II.

[100]) Übereinstimmend Rinck, Rdnr. 661, S. 192.

[101]) So Sölter, Das Gesamtumsatzrabattkartell, 1958, S. 36; ebenso Benisch, WuW 1959, S. 765 ff. (779).

wissenschaft infolge der Interdependenz der Einflußfaktoren nicht möglich. Es wird daher darauf ankommen müssen, ob schädliche Wirkungen nach den Regeln der ökonomischen Wissenschaft mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten werden. Das würde für die Bejahung einer „offensichtlichen" Schädlichkeit genügen.

Die schädlichen Wirkungen, die eine Widerspruchspflicht der Kartellbehörde begründen, müssen sich „für den Ablauf von Erzeugung oder Handel oder die angemessene Versorgung der Verbraucher" ergeben. Was als schädlich für den Ablauf von Erzeugung oder Handel anzusehen ist, läßt sich generell kaum definieren. Vielmehr wird der konkrete Einzelfall beurteilt werden müssen. Das Gesetz unterscheidet drei Schutzbereiche (Erzeugung, Handel, Verbraucherversorgung); damit sind aber nur Ansatzstellen bezeichnet. Im Grunde hätte es genügt, ein Rabattkartell dann dem Widerspruch auszusetzen, wenn es schädliche Wirkungen auf die „angemessene Versorgung der Verbraucher hat"; denn auch schädliche Wirkungen, die möglicherweise primär nur die Erzeugung oder den Handel betreffen, setzen sich doch immer auf die Verbraucherversorgung fort. Erzeugung und Handel gehören in diesem Sinne nur zur Gesamtheit der Einrichtungen und Maßnahmen zur Deckung des menschlichen Bedarfs[102]), das heißt eben zur Verbraucherversorgung.

Das Gesetz sieht schädliche Wirkungen dann als gegeben an, wenn die Rabattregelung „die Aufnahme der gewerblichen Tätigkeit in einer Wirtschaftsstufe erschwert". Damit ist ein Fall schädlicher Wirkungen konkretisiert. Dieser Fall hat jedoch vorwiegend Beispielscharakter[103]), wie sich auch aus dem Wort „insbesondere" ergibt.

Im übrigen ist bereits hier darauf hinzuweisen, daß jede Rabattgewährung, die die bereits eingeführten Anbieter auf einem Markt praktizieren, einem Neuankömmling den Start erschwert; der „Neue" muß, um überhaupt in das Geschäft zu kommen, unter sonst gleichen Umständen mindestens den gleichen Rabatt bieten, den die bereits eingeführten Konkurrenten auch gewähren. Wesensnotwendig muß deshalb jedes Rabattkartell die Aufnahme der gewerblichen Tätigkeit erschweren[104]). Die bloße „Erschwerung" kann daher für § 3 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 nicht hinreichend sein. Vielmehr wird es darauf ankommen müssen, ob der kartellierte Rabatt eine derartige Höhe aufweist, daß er nicht mehr durch betriebswirtschaftliche Gegebenheiten (beispielsweise Kosteneinsparungen infolge Großmengenbezug oder Übernahme von Lagerhaltung) zu rechtfertigen ist. Ein solcher betriebswirtschaftlich unbegründeter Rabatt würde die bereits bestehenden Anbieter vor dem Aufkommen von Konkurrenz weitgehend

---

[102]) v. Stackelberg, H., Grundlagen der theoretischen Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl. 1951, S. 3, zit. auch bei Rinck, Rdnr. 3.

[103]) Ähnlich Müller/Gries, § 3, Rdnr. 25.

[104]) Hierzu noch ausführlich unten § 8, III.

schützen, er hätte damit „schädliche Wirkungen" für den weiteren Ablauf von Erzeugung und Verbraucherversorgung.

Ein Fall schädlicher Wirkungen liegt somit auch dann vor, wenn sich beispielsweise die Lieferanten von Zubehörteilen für die elektrische Ausrüstung von Kraftfahrzeugen zu einem Kartell zusammenschließen, dessen Rabattstaffeln erst eine — dann meist überhöhte — Rabattgewährung bei Bezügen vorsehen, die nur die abnahmestarken „Großen" der Automobilerzeugung erreichen können, nicht hingegen die umsatzmäßig schwächeren Produzenten von Spezialfahrzeugen, Sport-, Klein- oder Luxuswagen. Auch für die letztgenannten Wagenklassen sind, ebenso wie etwa für Mittelklassewagen, eigene Spezialmärkte anzunehmen[105]); auch diese sind schutzwürdig im Sinne des GWB. Müßte man in einem derartigen Fall nicht bereits Zweifel hegen, ob ein solcher Rabatt überhaupt als „echtes Leistungsentgelt" im Sinne der Ausnahmevoraussetzungen des § 3 Abs. 1 anzusehen ist, so wäre der Absprache aber jedenfalls aus den Gründen des Abs. 3 S. 2 Nr. 2 zu widersprechen, denn den kleineren Kraftfahrzeugherstellern wäre der Bezug von elektrischen Ausrüstungsteilen nur zu Nettopreisen möglich, die ungünstiger sind, als es etwa durch die geringere Abnahmemenge gerechtfertigt sein könnte.

Die Produkte der kleineren Hersteller müßten sich in diesem Fall verteuern. Das würde gleichzeitig die Versorgung der Verbraucher negativ beeinflussen, denn zu einer „angemessenen Versorgung" gehört auch die Versorgung zu „angemessenen Preisen", worauf gleich noch einzugehen sein wird.

Bei der Beurteilung von Rabattkartellen hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf den Handel ist besonders an den Fall zu denken, daß die kartellarische Rabattregelung bestimmte Handelsformen privilegiert, andere hingegen von der Rabattgewährung ausschließt, etwa mit der Begründung, nur der Facheinzelhandel traditionellen Stils solle für den Vertrieb von Kartellware Rabatte nach Maßgabe einer vereinbarten Mengenstaffel erhalten, andere Einzelhandelsformen hingegen nicht, obwohl auch sie mengenmäßig nach der Rabattstaffel die Voraussetzungen für den Rabatt erfüllen. Auch in einem solchen Fall ist, ganz abgesehen von der Frage der Diskriminierung, der Kartellanmeldung jedenfalls nach § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 zu widersprechen. Die Wirkung einer derartigen Absprache ist schädlich, da sie der Entwicklung bestimmter Handelsformen gegenüber den vom Rabattkartell privilegierten Arten wettbewerbsinkonforme Hindernisse bietet und damit gleichzeitig die gegenwärtigen und zukünftigen Wahlmöglichkeiten der Verbraucher einschränkt.

Hier zeigt sich erneut, daß Nr. 2 praktisch eine spezielle Kontrollnorm zum Schutze der Verbraucher darstellt. Verbraucher gehören in den typischen Fällen einer Rabattkartellierung — wie bereits

---

[105]) BKartA, Beschl. v. 11. 8. 1961 — „Automarkt" — WuW/E/BKartA 425 ff. (427).

festgestellt — nicht unmittelbar zu den Wirtschaftsstufen, „für die die Rabattregelung gelten soll". Verbraucher sind daher zu geplanten Rabattabsprachen in der Regel auch nicht zu „hören". Gleichwohl verpflichtet Nr. 2 die Kartellbehörde auch zur Prüfung der Kartellauswirkungen auf zwar nicht unmittelbar beteiligte, aber doch betroffene Verbraucherkreise. Es ist möglich, daß ein Rabattkartell unter Erfüllung der Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 3 Abs. 1 in der Herstellerstufe geschlossen wird und auch die Handelsstufe sich zustimmend zu der Absprache erklärt. Dennoch kann der Kartellvertrag „schädliche Wirkungen für die angemessene Versorgung der Verbraucher" haben.

Das scheint zunächst insofern widersprüchlich, als das GWB grundsätzlich davon ausgeht, daß leistungsbezogene Differenzierungen gerade n i c h t schädliche Wirkungen haben. Dieses ist auch so lange zutreffend, wie die Kostenstruktur der Rabattgeber nicht — aus welchen Gründen auch immer — ü b e r h ö h t ist; wie oben[106]) nachgewiesen wurde, erbringt zwar der Rabatt n e h m e r die Leistung, die mit dem Rabatt zu entgelten ist; die Höhe des Entgeltes richtet sich jedoch ausschließlich nach der Kostenbeeinflussung, die dem Rabatt g e b e r dadurch entsteht, daß der Abnehmer seine — im Einzelfall näher zu definierende — Leistung erbringt. Arbeiten die kartellierten Rabattgeber auf einem hohen Kostenniveau, so entstehen durch die Leistungen der Rabattnehmer auch entsprechend hohe Kostenersparnisse, die in Form eines wiederum hohen Rabattes als Entgelt dem Erbringer der Leistung — in der Regel dem Handel — zu vergüten wären. In einer solchen Situation würde somit das übermäßig hohe Kostenniveau auf der Herstellerseite der Handelsstufe einen übermäßig hohen Gewinn sichern, und zwar gerade dann, wenn die Rabatte „echte Leistungsentgelte" sind. Werden derartige Rabatte kartellarisch festgelegt, entfällt das korrigierende Moment des Wettbewerbs und damit für den einzelnen Hersteller der Anreiz, von dem hohen Kostenniveau herunterzukommen; das hohe Kostenniveau schlägt in Form hoher Preise und unter gleichzeitiger Sicherung eines hohen Gewinnes für die Handelsstufe bis zum Letztverbraucher durch, dem seinerseits keine Möglichkeit der Überwälzung mehr zur Verfügung steht. Damit ist im übrigen auch der Aussagewert der unmittelbaren Wirtschaftsstufen, „für die die Rabattregelung gelten soll", hinreichend gekennzeichnet. Die Kartellbehörde wird daher in derartigen Fällen von Interessenidentität zwischen Hersteller- und Handelsstufe auch zustimmenden Stellungnahmen der unmittelbar zu hörenden Wirtschaftsstufen kritisch gegenüberstehen müssen.

§ 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ist jedoch noch in anderer Hinsicht von Bedeutung. Das Rabattkartell darf nicht zu einer schädlichen Wirkung auf die „angemessene" Versorgung der Verbraucher führen.

---

[106]) § 2, II.

Das Angemessenheitsproblem ist vielschichtig. Zur angemessenen Versorgung gehört wohl unstreitig, daß der Verbraucher seinen Bedarf ohne unbillige Schwierigkeiten decken kann. Zur Frage der angemessenen Versorgung gehört aber auch — und damit ergibt sich der Anschluß an obige Ausführungen — das Preisproblem. Folgerichtig hat das Bundeskartellamt einer Rabattkartellanmeldung widersprochen, weil das Kartell zur Erhöhung der Verbraucherpreise geführt hätte. Nicht mehr „angemessen" sind nach Ansicht des Bundeskartellamtes Preise, „die höher sind als jene, die ohne Beeinflussung im Wettbewerb entstanden sind[107])." Dem wird man im Grundsätzlichen zustimmen können; nicht unfragwürdig ist allerdings die darin zum Ausdruck kommende Orientierung der „angemessenen" Preise an jenen Preisen, die sich ohne Beeinflussung im Wettbewerb gebildet haben. Der Sinn eines Rabattkartells und dessen zwangsläufige Folge ist gerade, daß ein Teil des Preisbildungsprozesses dem freien Wettbewerb e n t z o g e n und durch Übereinkunft oder sonstige gemeinsame Willensbildung der Festsetzung durch die Kartellmitglieder unterworfen wird. Es ist daher irreal, von derartigen „gesetzten" Preisen zu erwarten, daß sie sich auf einem Niveau befänden, das sich auch herausbilden würde, wenn freier Wettbewerb herrschte. Wäre das der Fall, wäre jede Kartellbildung wirtschaftlich sinnlos.

Andererseits gibt es für die Prüfung der Angemessenheit von „gesetzten" Preisen in einer Marktwirtschaft auch kein sonstiges systemkonformes Kriterium; hierbei kann auch — entgegen der hin und wieder vertretenen Ansicht[108]) — die Betriebswirtschaftslehre nicht weiterhelfen, denn selbst wenn man von konkreten Berechnungen unter Berücksichtigung aller betriebsnotwendigen Kosten ausginge, bliebe damit doch die Frage unbeantwortet, welcher Gewinn — auch dieser ist ja Bestandteil des einzelnen Warenpreises — als „angemessen" anzusehen ist. Wollte die Kartellbehörde hierzu gleichfalls konkrete Berechnungen anstellen, müßte sie ihr behördliches Ermessen an die Stelle des freien Ermessens der Wirtschaftssubjekte setzen. Das aber wäre eine Konsequenz, die möglicherweise einem planwirtschaftlichen, sicherlich aber nicht einem marktwirtschaftlichen System adäquat wäre; die Rolle einer Preis- und Gewinnfestsetzungsbehörde hat jedenfalls der Gesetzgeber der Kartellbehörde kaum zugedacht. Will die Kartellbehörde die Prüfung einer Rabattabsprache auch darauf erstrecken, ob die von Verbrauchern zu zahlenden Preise angemessen sind, so muß sie es bei grundsätzlichen Feststellungen bewenden lassen, etwa derart, ob die Kartellierung eine Erhöhung der Preise bewirkt, die erheblich von der Entwicklung des übrigen gesamtwirtschaftlichen Preisniveaus abweicht. Trifft dieses zu, liegt die Vermutung nahe, daß das Kartell

---

[107]) BKartA, Beschl. v. 4. 8. 1958 — „Tapeten" — WuW/E/BKartA 11 ff. (14).
[108]) so beispielsweise bei Müller-Henneberg, BB 1959, S. 139 ff. (140).

nur zum Zwecke der Preishochhaltung auf Kosten der Abnehmer geschlossen wurde. Die Kartellbehörde müßte einer solchen Absprache aus den Gründen des § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 widersprechen.

Im übrigen ist bei der Bestimmung des Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 hinsichtlich der schädlichen Wirkungen konkret auch besonders an den Fall einer Kombination von Rabattkartell und vertikaler Preisbindung zu denken[109]). Derartige Kombinationen, wie auch die Kumulation von Wettbewerbsbeschränkungen im allgemeinen, können auf Erzeugung oder Handel oder Verbraucherversorgung schädliche Wirkungen haben. Ist das der Fall, werden die Ausnahmebestimmungen jedoch in der Regel auch mißbräuchlich, das heißt zu einem „vom Gesetz nach seinem Sinn und Zweck sowie nach seiner Zielsetzung nicht gebilligten Erfolg"[110]) genutzt. Angesichts dieser Tatsache und der insoweit übereinstimmenden Praxis von Kartellbehörde und Rechtsprechung erscheint es daher angebracht, die Frage der Beschränkungs-Kumulationen hier unerörtert zu lassen und sie erst im Rahmen der Mißbrauchsdiskussion wieder aufzugreifen[111]).

III. Der Widerspruch wegen ungerechtfertigt unterschiedlicher Behandlung

Nach § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 hat die Kartellbehörde einem Rabattkartell auch dann zu widersprechen, „wenn Marktbeteiligte innerhalb eines Monats nach Bekanntmachung der Anmeldung (§ 10 Abs. 1) nachweisen, daß sie durch den Vertrag oder Beschluß ungerechtfertigt unterschiedlich behandelt werden".

Der Begriff „Marktbeteiligte" ist hier wohl weit auszulegen. Er umfaßt praktisch alle Wirtschaftssubjekte, die irgendwie am relevanten Markt des Kartells, also am Spiel von Angebot und Nachfrage, beteiligt sind. Das können Verbraucher sein oder auch andere Wirtschaftszweige[112]), die möglicherweise von der Rabattkartellierung nicht unmittelbar, aber doch mittelbar betroffen werden. Eine enge Auslegung des Marktbeteiligten-Begriffes in § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 verbietet sich schon deshalb, weil andernfalls die „Marktbeteiligten" identisch wären mit den ohnehin zu hörenden Wirtschaftsstufen, „für die die Rabattregelung gelten soll". Diese unmittelbaren Abnehmerkreise sind aber bereits durch das Diskriminierungsverbot in § 3 Abs. 1 geschützt[113]), dessen Beachtung eine Zulässigkeits-Voraussetzung für die Rabattkartellierung überhaupt ist. Fehlte es an der Nichtdiskriminierung, wäre dem Kartell bereits aus den Gründen des Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 zu widersprechen.

---

[109]) Gl. A. Langen, § 3 Anm. Vb; Günther, WuW 1957, S. 677 (687), MA 1957, S. 425 ff. (437).
[110]) BKartA, TB 1959, S. 21.
[111]) Unten, § 6, II, 1 und 2.
[112]) Baumbach-Hefermehl, § 3 Rdnr. 29.
[113]) So wohl auch v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3 Rdnr. 107.

Dem unterschiedlichen Kreis der gegen eine Diskriminierung Geschützten entspricht eine ebenfalls unterschiedliche Beweislastverteilung: das Kartell muß nachweisen, daß die Rabatte gegenüber den unmittelbar berührten Abnehmern und Wirtschaftsstufen Diskriminierungen vermeiden (§ 3 Abs. 2 Satz 1); führt es diesen Nachweis nicht, ist es zwingend dem Widerspruch ausgesetzt (§ 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1). Glauben hingegen sonstige nur mittelbar berührte Marktbeteiligte, daß sie durch den Vertrag oder Beschluß ungerechtfertigt unterschiedlich behandelt werden, so haben sie dieses nachzuweisen, und zwar innerhalb einer relativ kurzen Frist von einem Monat nach Bekanntmachung der Anmeldung. Wird dieser Nachweis geführt, muß die Kartellbehörde der angemeldeten Rabattabsprache widersprechen.

Allerdings muß bezweifelt werden, ob es Marktbeteiligten stets möglich sein wird, innerhalb eines Monats nachzuweisen, daß sie durch eine Rabattkartellierung diskriminiert werden. Dies gilt umsomehr, als etwa Verbraucher, wie das Bundeskartellamt zutreffend ausführt, ohnehin „den organisierten Absprachen von Fabrikanten und Händlern nichts gleich Starkes entgegenstellen können“[114]). Führen Marktbeteiligte den Nachweis nach § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 erst nach Ablauf der vorgesehenen Einmonatsfrist, aber noch innerhalb der dreimonatigen Widerspruchsfrist, so wird die Kartellbehörde den Nachweis daher nicht wegen mangelnder Fristwahrung als unzulässig ablehnen dürfen[115]).

Eine Diskriminierung von Marktbeteiligten erfüllt in der Regel auch den Tatbestand schädlicher Wirkungen auf die Versorgung der Verbraucher im Sinne von § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2. Die Kartellbehörde muß einer Rabattabsprache bei nachgewiesener Diskriminierung daher stets widersprechen und zwar auch dann, wenn der Nachweis nicht innerhalb eines Monats nach Bekanntmachung der Anmeldung, sondern überhaupt nur innerhalb der dreimonatigen Widerspruchsfrist geführt wird.

Die Frage, worin materiell die ungerechtfertigt unterschiedliche Behandlung von Marktbeteiligten liegen könnte, läßt sich nicht eindeutig beantworten. Man wird sie nicht darin sehen können, daß die Rabattkartellierung generell eine Erhöhung der Preise mit sich bringt. Diesen scheinbar naheliegenden Fall erfaßt Nr. 3 nicht, denn wenn alle Verbraucher höhere Preise zu zahlen haben, werden sie durch das Kartell zwar sicherlich schlechter gestellt, aber damit noch nicht ungerechtfertigt unterschiedlich behandelt. Eine unterschiedliche Behandlung im Sinne von Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 liegt nur

---

[114]) BKartA, Beschl. v. 4. 8. 1958 — „Tapeten“ — WuW/E/BKartA, S. 11 ff. (14). Das BKartA bezieht sich zwar direkt lediglich auf den Tapetenmarkt; die Feststellung darf aber verallgemeinert werden.

[115]) Zu eng daher wohl KG, Beschl. v. 8. 2. 1963 — „Interessengemeinschaft“ — WuW/E/OLG 540 ff. (544).

vor, wenn Marktbeteiligte, die als Verbraucher, Verarbeiter usw. als s o l c h e gleich sind, nicht gleich behandelt werden.

Eine Diskriminierung von Marktbeteiligten wird man somit annehmen müssen, wenn etwa in einer m e n g e n bezogenen Rabattkartellierung nur Rabatte für den Vertrieb in traditionellen Facheinzelhandelsgeschäften vorgesehen sind, während beispielsweise dem Versandhandel keine oder nur geringe Rabatte eingeräumt werden, so daß dieser die der Absprache unterliegenden Waren seinen Abnehmern nur noch zu wesentlich höheren Preisen als vor der Kartellierung anbieten könnte. Es sind dann über den unmittelbaren Kreis der Abnehmer alle diejenigen weiteren „Marktbeteiligten" diskriminiert, denen der Kauf im privilegierten Fachgeschäft aus irgend welchen Gründen zwar nicht rechtlich aber doch faktisch unmöglich ist (beispielsweise Verbraucher in abgelegenen Landgegenden). Bezieher von Versandhandelsgeschäften und sonstige Abnehmer, die in ihrer Eigenschaft als Marktbeteiligte und Verbraucher gleich sind, werden dann durch die Rabattabsprache ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt. Die Kartellbehörde ist nach Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 verpflichtet, auch derartige „Fernwirkungen" einer Rabattabsprache zu beachten und dieser nötigenfalls durch Widerspruch die Rechtswirksamkeit zu versagen.

IV. Widerspruch wegen Mißbrauchs der durch das Rabattkartell zu erlangenden Stellung im Markt

Neben den in § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1—3 niedergelegten und bereits erörterten Tatbeständen, bei deren Vorliegen die Kartellbehörde zum Widerspruch verpflichtet ist, enthält das Gesetz in § 12 Abs. 1 weitere Tatbestände, bei deren Vorliegen die Kartellbehörde gegenüber bereits rechtswirksamen Kartellen in der in § 12 Abs. 2 bezeichneten Weise tätig zu werden hat. Über die materielle Bedeutung dieser sogenannten Mißbrauchstatbestände wird unten noch zu sprechen sein[116]). Hier ist zunächst zu prüfen, ob diese Mißbrauchstatbestände auch schon im Anmeldeverfahren zum Widerspruch der Kartellbehörde führen können.

Er scheint zunächst so, als müsse man diese Frage verneinen, denn M i ß b r a u c h setzt nach allgemeinem Sprachgebrauch voraus, daß überhaupt ein G e b r a u c h vorliegt. Das aber wäre nicht der Fall, wenn einem Rabattkartell bereits im Anmeldeverfahren aus den Mißbrauchsgründen des § 12 Abs. 1 widersprochen würde. Aus dem Gesetz ist zu dieser Frage direkt nichts zu entnehmen. Lediglich für Konditionenkartelle ist in § 2 Abs. 3 Satz 2 bestimmt, daß der Widerspruch gegen sie nur darauf gestützt werden kann, daß die Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 gegeben sind. Für Rabattkartelle fehlt eine

---

[116]) § 6, durchgehend.

solche ausdrückliche Bestimmung. Daraus allein kann indessen nicht gefolgert werden, daß dann der Widerspruch nach § 12 Abs. 1, wenn die dort bezeichneten Voraussetzungen vorliegen, für Rabattkartelle nicht gegeben ist. Der Widerspruch aus den Gründen des § 12 Abs. 1 könnte vielmehr für alle Anmeldekartelle in Frage kommen, deren Rechtswirksamkeit davon abhängt, daß die Kartellbehörde nicht innerhalb der Widerspruchsfrist nach Eingang der Anmeldung widerspricht[117]).

Nach Ansicht des Bundeskartellamtes[118]) ist kein Grund dafür ersichtlich, daß einem Vertrag oder Beschluß über ein Rabattkartell, der für sich schon einen Mißbrauch im Sinne von § 12 Abs. 1 darstellt, nicht gleich aus diesem Grund widersprochen werden könnte, sondern daß erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist die in § 12 Abs. 2 bezeichneten Maßnahmen ergriffen werden könnten. Die besondere Erwähnung des § 12 Abs. 1 in § 2 Abs. 3 erkläre sich daraus, daß in dem dort geregelten Ausnahmefall des Konditionenkartells der Widerspruch nur auf Mißbrauchsgründe des § 12 Abs. 1 gestützt werden könne, während in § 3 noch weitere Widerspruchsgründe aufgeführt seien.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen, denn wenn die Kartellbehörde nach § 12 Abs. 1 sogar eine Handlungspflicht gegenüber bereits rechtswirksamen Rabattkartellen hat, wenn diese ihre Freistellung vom Kartellverbot mißbrauchen, so muß es der Kartellbehörde erst recht gestattet sein, dem Mißbrauch von vornherein durch Erhebung des Widerspruchs bereits bei der Anmeldung vorzubeugen[119]). Aus der Tatsache, daß § 12 sich nach seinem Wortlaut nur auf bereits rechtswirksame Kartelle zu beziehen scheint, eben diese Wirksamkeit im Anmeldeverfahren aber noch nicht gegeben ist, wird man nicht herleiten können, daß zunächst die Rechtswirksamkeit abgewartet werden müßte, ehe — und zwar dann im Wege der Mißbrauchsaufsicht — Maßnahmen gegen das Rabattkartell ergriffen werden könnten[120]). Dem steht schon der allgemeine Rechtsgedanke entgegen, daß niemand einen formell etwa bestehenden Anspruch geltend machen kann, wenn er mit ihm etwas verlangt, was er, wenn es ihm zugesprochen würde, alsbald zurückgewähren müßte. Dieser Gedanke beruht auf dem auch im deutschen Recht über § 242 BGB geltenden Grundsatz des römischen Rechts „dolo facit, qui petit, quod statim redditurus est“[121]). Dem entspricht der Grundsatz des Verwaltungsrechts, wonach die Aufhebung eines Verwaltungsaktes dann nicht begehrt werden kann, wenn die Verwaltungsbehörde berechtigt ist, denselben Verwaltungsakt sofort neu zu erlassen[122]). Das

---

[117]) BKartA, Beschl. v. 4. 8. 1958 — „Tapeten“ — WuW/E/BKartA 11 ff. (13).
[118]) a.a.O. S. 13.
[119]) Gl. Ans. Kirschstein, WuW 1959, S. 235 ff. (242).
[120]) A. A. Sölter, Das Gesamtumsatzrabattkartell, 1958, S. 36.
[121]) So v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3 Rdnr. 90.
[122]) Übereinstimmend BKartA — TB 1959, S. 23.

Bundeskartellamt hat sich daher in ständiger Verwaltungspraxis auf den Standpunkt gestellt, daß bereits im Anmeldeverfahren ein Widerspruch gegen ein Rabattkartell auch auf die Gründe des § 12 Abs. 1 gestützt werden kann[123]).

Die Rechtsprechung ist dem insoweit gefolgt[124]). Das Kammergericht prüft dabei mit Recht auch die Frage, ob Anmeldekartelle hinsichtlich der Widerspruchsmöglichkeiten etwa deswegen unterschiedlich zu behandeln seien, weil § 2 und § 5 Abs. 1 ausdrücklich auf § 12 Abs. 1 Bezug nähmen, nicht hingegen § 3. Eine solche unterschiedliche Behandlung der Widerspruchskartelle könnte unter Umständen durch den unterschiedlichen Schwierigkeitsgrad der zu prüfenden Kartellarten begründet sein. Das Gericht stellt jedoch zutreffend fest, daß ein hinreichender Anhalt für die Annahme, eine unterschiedliche Behandlung der Anmeldekartelle sei vom Gesetz gewollt, nicht bestehe. Insbesondere sei kein Anhalt etwa darin zu sehen, daß eine unterschiedliche gesetzliche Regelung deshalb gewollt sei, weil beim Konditionenkartell oder beim Normen- und Typenkartell eine Prüfung des Mißbrauchstatbestandes innerhalb der dreimonatigen Widerspruchsfrist grundsätzlich möglich, beim Rabattkartell dagegen grundsätzlich nicht möglich sei[125]).

Der Entscheidungspraxis von Kartellbehörde und Kammergericht ist insoweit zuzustimmen. Es wäre auch aus Gründen des Wettbewerbsschutzes verfehlt, von vornherein bedenkliche Verträge oder Beschlüsse zunächst einmal wirksam werden zu lassen und ihnen erst n a c h erwiesener Mißbräuchlichkeit mit den Maßnahmen des § 12 Abs. 2 entgegenzutreten. Es wäre dieses ein Vorgehen, das möglicherweise einem reinen Mißbrauchsprinzip angemessen wäre. Dafür aber hat sich der Gesetzgeber im GWB gerade nicht entschieden; vielmehr beruht das Gesetz im Grundsatz noch auf dem Verbotsprinzip, mindestens aber auf einem Kompromiß zwischen beiden Prinzipien. Der dieser Rechtslage angemessene Weg — Widerspruch aus Mißbrauchsgründen bereits auch im Anmeldeverfahren — mindert nicht die Rechte der Kartellbegehrenden. Der Wettbewerb wird jedoch von vornherein vor Beschränkungen geschützt, von denen anzunehmen ist, daß sie mit Sicherheit dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen[126]).

---

[123]) so Beschl. vom 30. 12. 1959 — „Röhrenhersteller" — WuW/E/BKartA 119 ff. (126); Beschl. v. 13. 7. 1961 — „Polyesterlichtplatten" — WuW/E/BKartA 375 ff. (377); Beschl. v. 22. 12. 1960 — „Fensterglas" — WuW/E/BKartA 281 ff. (282), kritisch hierzu Dörinkel, Gem.Komm. II, § 12, Rdnr. 21; ders. WuW 1961, S. 233 ff. (236).

[124]) So KG, Beschl. v. 4. 5. 1962 — „Fensterglas" — BB 1962, S. 858 f. — WuW/E/OLG 469 ff. (473).

[125]) KG a.a.O., WuW/E/OLG 473.

[126]) Im Ergebnis übereinstimmend Rinck, Rdnr. 984.

Zusammenfassung

Rabattkartelle sind dem Widerspruch der Kartellbehörde ausgesetzt, wenn sie

1. nicht nachgewiesenermaßen die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 erfülllen,
2. nicht nachgewiesenermaßen die Wirtschaftsstufen, für die die Rabattregelung gelten soll, angehört haben,
3. schädliche Wirkungen auf Erzeugung, Handel oder Verbraucherversorgung haben,
4. Marktbeteiligte, auch solche, die nicht unmittelbar, sondern mittelbar von der Absprache betroffen werden, diskriminieren und die Marktbeteiligten dieses nachweisen,
5. die Ausnahmebestimmung des § 3 mißbrauchen.

§ 6 Der Mißbrauch von Rabattkartellen

I. Mißbrauch im GWB allgemein

Was unter Mißbrauch im Rechtssinne zu verstehen ist, ist im GWB weder speziell im Hinblick auf Rabattkartelle noch generell definiert. Gleichwohl verwendet das Gesetz den Ausdruck „Mißbrauch" oder „mißbräuchlich" an verschiedenen Stellen[127]). Wenn der Gesetzgeber im GWB im wesentlichen auf eine Definition des Mißbrauchs verzichtet hat, so deshalb, weil er diesen Begriff als bekannt voraussetzen zu können glaubte. In der Tat ist die Lehre vom Rechtsmißbrauch etwa seit 1935 eine anerkannte Einrichtung des geltenden Rechts. Die Ergebnisse dieser allgemeinen Mißbrauchslehre können bei der Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen übernommen werden. Danach wird ein Recht dann mißbraucht, wenn jemand zwar formell innerhalb der Grenzen seines Rechts bleibt, materiell aber doch dem Sinn und Zweck des Rechts zuwiderhandelt.

Mißbrauch setzt demnach zweierlei voraus: der Gebrauch eines Rechts muß grundsätzlich zulässig sein; ein Handeln oder Verhalten muß also auf einem bestehenden Recht basieren. Zum anderen aber muß das Recht in einer Weise gebraucht werden, die seiner Zielsetzung oder Zweckbestimmung zuwiderläuft[128]). Besteht zwischen dem Handeln oder Verhalten und dem Zweck des Gesetzes eine Diskrepanz, wird das Handeln oder Verhalten mißbräuchlich, denn der Erfolg, auf den das Gesetz ausgeht, wird durch diese Diskrepanz

---

[127]) So u. a. in § 11 Abs. 5 Nr. 2, § 12 Abs. 1 Nr. 1, § 17 Abs. 1 Nr. 2.
[128]) Christl, BB 1960, S. 297 ff. (297).

verhindert[129]). Vom Rechtsmißbrauch zu unterscheiden ist die Rechtsüberschreitung. Bei der Rechtsüberschreitung entbehrt ein bestimmtes Handeln oder Verhalten von vornherein der Rechtsgrundlage, der Überschreitende handelt außerhalb seines Rechts; er mißbraucht das Gesetz nicht, sondern er verletzt es.

Lediglich auf den objektiv zweckwidrigen Gebrauch kommt es beim Rechtsmißbrauch an, Sittenwidrigkeit ist nicht erforderlich[130]). Das Bundeskartellamt definiert demgemäß Mißbrauch als sittlich indifferenten, objektiv fehlerhaften Gebrauch[131]). Ob ein solcher fehlerhafter Gebrauch vorliegt, kann mithin nur festgestellt werden, wenn der Sinn und Zweck derjenigen Vorschrift ermittelt ist, die angeblich mißbraucht wird. Auch der Sinn und Zweck des Gesamtgesetzes kann dabei jedoch nicht unberücksichtigt bleiben. Dieses ist gerade im Bereich der Ausnahmebestimmungen bedeutsam.

Zweck und Ziel des GWB im ganzen ist die Erhaltung des Wettbewerbs[132]). Dieser jedoch wird durch jede, auch durch die in Ausnahmebestimmungen unter bestimmten Voraussetzungen tolerierte, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung naturgemäß beeinträchtigt. Die Abgrenzung zwischen noch zulässigem Gebrauch und Mißbrauch ist daher besonders im Bereich der Verbotsausnahmen schwierig[133]). Im Zweifel wird im allgemeinen der Sinn und Zweck des Gesamtgesetzes dem Sinn und Zweck einer Ausnahmebestimmung vorgehen müssen. Die Ausnahmebestimmungen dürfen daher nicht isoliert betrachtet werden. Wird eine Einzelfreistellung von den Verboten des GWB somit dazu benutzt, den Wettbewerb völlig auszuschließen[134]) oder so herabzumindern, daß er keine marktwirtschaftliche Steuerungsfunktionen mehr ausüben kann, so verstößt das sicherlich gegen Sinn und Zweck des Gesamtgesetzes; die Handhabung der ausnahmsweise gewährten Freistellung wird mißbräuchlich.

Allgemein läßt sich sagen, daß die Gefahr des Mißbrauchs einer Ausnahmebestimmung zunimmt, je mehr die Intensität des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt abnimmt[136]). Mißbrauch ist immer dann gegeben, wenn Kartellmitglieder die wirtschaftliche Macht, die ihnen im Rahmen einer Freistellung von der Verbotsnorm zuwächst, dazu benutzen, um durch ihr Zusammenwirken w e i t e r e Vorteile zu erlangen, die ihnen durch die Freistellung nicht mehr

---

[129]) Rinck, Rdnr. 966.
[130]) A. A. Dichgans, WuW 1958, S. 658 ff., der zur Erfüllung des Mißbrauchstatbestandes einen Verstoß gegen das Sittengesetz fordert, wie hier Rinck, Rdnr. 967, Christl, BB 1960, S. 297.
[131]) BKartA, Beschl. v. 30. 12. 1959 — „Röhrenhersteller" — WuW/E/BKartA 119 ff. (129).
[132]) Rinck, Rdnr. 969.
[133]) Christl, BB 1960, S. 297 ff. (299).
[134]) Rinck, Rdnr. 969.
[135]) Christl, BB 1960, S. 297 ff. (299).
[136]) Christl, a.a.O., S. 299.

zugedacht waren. Daß durch die Freistellung für die Kartellmitglieder überhaupt schon Vorteile entstehen, ist alleingenommen demgemäß noch kein Mißbrauch[137]), denn alle durch freie Willensübereinkunft der Kartellmitglieder bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen, auch die gesetzlich unter gewissen Voraussetzungen tolerierten, sind auch mit einem Gruppenvorteil für die Beteiligten verbunden. Das wird auch der Gesetzgeber nicht übersehen haben. Aus der Sicht derjenigen, die eine Freistellung in Anspruch nehmen, erfolgt die Wettbewerbsbeschränkung gerade, weil sie ihnen einen Vorteil bringt, der ihnen — jedem allein — sonst verschlossen bliebe. Zutreffend wird daher auch darauf hingewiesen[138]), daß, wenn die Kartellmitglieder nicht mehr erreichten, als sie ohnehin schon haben, — oder auch allein erreichen könnten — der Zusammenschluß zu einem Kartell einzelwirtschaftlich jedes Sinnes entbehren würde.

Wenn der Gesetzgeber bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen unter gewissen Voraussetzungen vom Kartellverbot ausgenommen hat, so also nicht deswegen, weil sie den Kartellmitgliedern keine Vorteile brächten, sondern weil er davon ausgegangen ist, daß hier innerhalb gewisser Grenzen möglicherweise eine Identität zwischen den Interessen der Kartellmitglieder und denen der Gesamtwirtschaft vorliegen kann. Der Schutz der gesamtwirtschaftlichen Interessen ist daher auch bei Erörterungen von Sinn und Zweck der Ausnahmebestimmungen nicht außer acht zu lassen.

II. Sinn und Zweck einer Ausnahmebestimmung für die Beschränkung des Rabattwettbewerbs

Was Sinn und Zweck einer Ausnahmeregelung für die Kartellierung von Rabatten ist, läßt sich in wenigen Worten sagen. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, daß Rabattabsprachen geeignet seien, „die Markttransparenz zu fördern und in gewissem Umfange der sogenannten Rabattschleuderei und einer Preisdiskriminierung vorzubeugen“[139]). Die Förderung der Markttransparenz und die Verhinderung von Rabattschleuderei und Preisdiskriminierungen sind aber kein Selbstzweck. Voraussetzung für den Ausschluß des Rabattwettbewerbs ist vielmehr, daß dadurch der Hauptleistungswettbewerb, insbesondere im Endpreis und in der Qualität, gefördert wird. Ein Hauptleistungswettbewerb muß daher tatsächlich auch

---

[137]) A.A. und wohl unzutreffend Mayer-Wegelin, § 12 Anm. 3 i. V. mit § 11, Anm. 7.

[138]) v. Brunn, Die Verwaltungspraxis zu den Konditionenkartellen, 1960, S. 26.

[139]) Deutscher BT, 2. Wahlp., Schriftl. Ber. des Aussch. f. Wirtsch.-Politik über den Entw. eines Ges. gegen Wettbew.-Beschr., zu BT-Drucks. 3644, abgedr. im Gem.Komm. I, S. 1156 ff. (1176).

bestehen[140]). Diese Voraussetzung ist zwar in der gesetzlichen Freistellungsbestimmung des § 3 nicht genannt; sie ergibt sich aber zwingend aus dem Gesamtzweck des Gesetzes, das den Wettbewerb schützen und erhalten will.

Ob und wann eine Rabattkartellierung mißbräuchlich wird, hängt somit von ihrem Einfluß auf die Wettbewerbssituation im Einzelfall ab. Schon daraus ergibt sich, daß es nicht darauf ankommen kann, ob auf einem Markt die Rabattkartellierung die einzige Wettbewerbsbeschränkung darstellt und sie etwa deswegen unbedenklich sein müßte. Vielmehr ist entscheidend, ob n a c h der Kartellierung noch ein hinreichend funktionsfähiger Wettbewerb in den sonstigen Bereichen, insbesondere in den sogenannten Hauptleistungsbereichen (Preis und Qualität) bestehen bleibt. Ist das nicht der Fall, ist die Wettbewerbsbeschränkung, die den Wettbewerb vollends ausschließt, mißbräuchlich.

Umgekehrt muß aber nicht einmal jede Häufung von Wettbewerbsbeschränkungen schon einen Mißbrauch der Freistellungsbestimmung darstellen. Es kann sein, daß beispielsweise ein Rabatt- und ein Konditionenkartell (§ 2) kombiniert werden, daneben aber ein lebhafter Wettbewerb in den Qualitäten und möglicherweise auch in den Preisen besteht; dann sind die Beschränkungen in den Teilbereichen „Rabatt" und „Konditionen" — und selbst deren Kombination — unbedenklich[141]). Das ist ständige Verwaltungspraxis der Kartellbehörde[142]) und herrschende Meinung. In der Regel hat die Kartellbehörde zwar darauf hingewirkt, daß bei Kombinationen die verschiedenen Arten der Wettbewerbsbeschränkungen getrennt gehandhabt werden, dergestalt, daß sich die Mitglieder etwa einer Rabattvereinbarung an dem Rabattkartell beteiligen können, ohne gleichzeitig hinsichtlich der Konditionen gebunden zu sein[143]). Die Bedenken der Kartellbehörde richten sich somit weniger gegen die Kombination von Rabatt- und Konditionenkartell schlechthin, als vielmehr gegen deren vertragstechnische Verquickung. Die Kartellbehörde will damit offenbar einem möglichen äußeren Kartellzwang vorbeugen. Derartige Vorkehrungen entsprechen der in anderem Zusammenhang geäußerten Empfehlung des Bundeskartellamtes[144]), für ein beabsichtigtes Kartell einem vom Wirtschafts- oder Berufsverband unabhängigen Rechtsträger zu wählen, da eine Verbindung

---

[140]) gl. A. Baumbach-Hefermehl, § 3, Anm. 9, 10; Abw. KG, Beschl. vom 4. 5. 1962 — „Fensterglas" WuW/E/OLG 469 ff. Hierüber unten § 6, II, 2.

[141]) So beispielsweise in das Kartellregister eingetragen: Kombiniertes Konditionen- und Rabattkartell für Baukeramik, WuW 1959, S. 258 f.; ferner komb. Kond.- und Rabattkartell für Gas-Wasserheizer, WuW 1959, S. 342 u. a.

[142]) Rinck, Rdnr. 970.

[143]) So beispielsweise in Fällen „Baukeramik", WuW 1959, S. 258 f. (259); „Sanitär-Keramische Industrie", WuW 1960, S. 183.

[144]) BKartA, Bekanntm. Nr. 9/58 über das Verfahren bei der Anmeldung v. Kartellen, BAnz. Nr. 107 v. 7. 6. 1958, abgedr. auch bei Langen, S. 494 f.

von Kartell und Wirtschafts- oder Berufsverband einem nicht kartellwilligen Unternehmen entweder den Beitritt zu seinem Verband unmöglich mache oder es nötige, sich, entgegen seinem Willen, einem Kartell anzuschließen.

Im übrigen hat das Bundeskartellamt einer Verbindung von Rabatt- und Konditionenkartell dann nicht widersprochen, wenn die Regelung der Konditionen überwiegend eine weitere Sicherung der Rabattregelung bildete und den Wettbewerb nur unbedeutend beschränkte[145]). Dem wird man zustimmen können, soweit bei der Beurteilung der Kombination auf die geringe Intensität der Wettbewerbsbeschränkung abgestellt wird. Ein ungeeigneter Maßstab scheint allerdings die mögliche Sicherungsbedürftigkeit der Rabattkartellierung zu sein. Erlaubt das Gesetz — wie in § 3 unter bestimmten Voraussetzungen für Rabatte — ausnahmsweise die Kartellbildung, so kann nicht aus der Tatsache, daß der einzelwirtschaftliche Zweck der Kartellbildung möglicherweise nur dann voll gesichert werden kann, wenn mehrere Beschränkungsarten zusammengefaßt werden, ein Anspruch auf weitergehende Kartellbildungen hergeleitet werden[146]). Das kann anders sein im Falle eines insoweit abweichend geregelten Rationalisierungskartells im Sinne von § 5 Abs. 2 Satz 1, wenn das Ziel der Rationalisierungsmaßnahmen überhaupt nur dann realisierbar ist, wenn mehrere Beschränkungsmaßnahmen zusammengefaßt werden, mithin jede einzelne Beschränkung zur Erreichung des Rationalisierungserfolges auch notwendig ist[147]). Für Rabattkartelle hingegen ist der einzig geeignete Maßstab die Markt- und Wettbewerbssituation. Es kommt lediglich darauf an, ob durch eine Wettbewerbsbeschränkung — einerlei, ob einzeln oder kombiniert — der Grenzübergang von einem im übrigen noch funktionsfähigen Wettbewerb zu einem völlig erstarrten Markt vollzogen wird. Geschieht dieses, so kann auch bereits die Rabattkartellierung als Einzelbeschränkung mißbräuchlich werden.

Wenn somit festzustellen ist, daß zur Frage, ob eine Rabattkartellierung mißbräuchlich gehandhabt wird, völlig auf den Einzelfall abgestellt werden muß und daß selbst die Kombination von Rabattkartellen mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen nicht per se mißbräuchlich ist[148]), so kann es andererseits doch Verbindungen von Rabattkartellen mit sonstigen Wettbewerbsbeschränkungen geben, die gerade durch die typische A r t ihrer Kombination zu Bedenken Anlaß bieten. Es sind diese insbesondere die Verbindung von Rabattkartellen mit der Preisbindung der zweiten Hand sowie der Ab-

---

[145]) So beispielsweise in Fällen „Polyester", WuW 1959, S. 874 und „Gas-Wasserh.", WuW 1959, 342.

[146]) A. M. Benisch, WuW 1959, S. 765 ff. (767), der die Sicherungsfunktion der Konditionenregelung zum Schutz der Rabattregelungen für wesentlich hält.

[147]) BKartA, Beschl. v. 4. 6. 1963 — „Fleurop" —, DB 1963, S. 928.

[148]) Übereinstimmend Baumbach-Hefermehl, § 12, Rdnr. 2.

schluß von Rabattkartellen in Oligopolsituationen, also in Situationen faktisch bereits bestehender Wettbewerbsbeschränkungen. Diese Fragen werden im folgenden zu prüfen sein.

1. Rabattkartelle in Verbindung mit der vertikalen Preisbindung

Die vertikale Preisbindung ist nach § 16 unter bestimmten Voraussetzungen, auf die hier nicht näher einzugehen ist, zulässig. Eine Kombination der vertikalen Preisbindung mit einem Rabattkartell kann sowohl den Interessen der kartellierten Rabattgeber (das sind die Hersteller) als auch denen der Rabattnehmer (das ist in der Regel die Handelsstufe) dienen und zwar aus folgenden Gründen: Die individuell-vertikale Preisbindung führt zu einem Ausschluß des Preiswettbewerbs in der Handelsstufe, da das preisgebundene Erzeugnis von allen Händlern zum gleichen Preis angeboten werden muß. Die kollektiv-horizontale Rabattabsprache schließt dazu noch den Rabattwettbewerb auf der Herstellerstufe aus. Zwar bleiben die Hersteller auch dann zunächst noch rechtlich in der Festsetzung ihrer Preise frei. Aber: da die Mitglieder des Rabattkartells sich auf eine einheitliche Rabattstaffel einigen müssen, deren Bezugsgrundlagen die — äußerlich individuell festgesetzten — Preise der Kartellmitglieder sind, setzt diese einheitliche Rabattstaffel eben de facto doch zumindest einander angenäherte Preise voraus[149]). Hinzukommt, daß die Handelsspannen im Falle der vertikalen Preisbindung identisch sind mit den zu gewährenden Rabatten, die durch das Kartell einheitlich festgelegt, mithin dem Wettbewerb entzogen werden. Es ist daher nicht ungerechtfertigt, bei einer Kombination von vertikaler Preisbindung und Rabattkartell von einer Ausschaltung des Preis-Wettbewerbs zu sprechen. Dieser Sachverhalt ist auch dem Gesetzgeber durchaus geläufig gewesen. Er ist daher davon ausgegangen, „daß in den Fällen der Zulassung der autonomen Preisbindung der zweiten Hand Rabattkartelle nicht zugelassen sein sollen, weil eine solche Verbindung zu einer unerwünschten Erstarrung des Marktgefüges führen“[150]) würde und weil durch die Kombination möglicherweise „ein nicht genehmigungsfähiges Preiskartell effektuiert werden“ könnte[151]). Geht man indessen vom Wortlaut des Gesetzes aus, so könnten sich Zweifel ergeben, ob der Wille des Gesetzgebers hinreichend zum Ausdruck gekommen ist. So wird die Auffassung vertreten[152]), daß

---

[149]) Übereinstimmend BKartA — TB 1961, S. 8.

[150]) Schriftl. Ber. des Aussch. f. Wirtschaftspol. über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschr., zu BT-Drucks. 3644, abgedr. Gem.Komm. I, S. 1156 ff. (1176, zu § 1b, jetzt § 3 GWB).

[151]) a.a.O., Ber. zu § 12 Entw. (jetzt § 17 GWB), Gem.Komm. I, S. 1185 linke Sp.

[152]) So Dörinkel, WuW 1957, S. 607 ff. (610).

§ 17 Abs. 1 Nr. 3 nach seinem Wortlaut der Kartellbehörde lediglich bestimmte Eingriffsbefugnisse bei Vorliegen eines „Mißbrauchs"-Tatbestandes gebe, woraus nicht hergeleitet werden könne, daß Rabattkartelle unzulässig seien, wenn diese sich ganz oder teilweise auf Waren bezögen, die einer Preisbindung unterliegen.

Diese Argumentation bedarf indessen einiger Anmerkungen. Insbesondere ist zu prüfen, ob die Verbindung eines Rabattkartells mit der vertikalen Preisbindung nicht s t e t s „geeignet ist, ... die gebundenen Waren zu verteuern oder ein Sinken ihrer Preise zu verhindern" (§ 17 Abs. 1 Nr. 3). Wie bereits festgestellt, schließt die vertikale Preisbindung den Preiswettbewerb auf der Handelsstufe aus; das Rabattkartell verhindert außerdem, daß die Hersteller um die „Gunst" des Handels, das heißt um dessen Verkaufsbemühungen, einander im Wettbewerb (mit den Rabatten) überbieten. Der letztgenannte Effekt ist in diesem Zusammenhang wesentlich.

Freier Rabattwettbewerb der Hersteller würde dazu führen, daß die Spannen des Handels sich tendenziell erhöhen. Fraglich ist lediglich, zu wessen Lasten eine solche Spannenerhöhung geht. Zwei Möglichkeiten sind denkbar: entweder vermindern sich infolge des Rabattwettbewerbs die Werksabgabepreise der Hersteller oder die Verkaufspreise des Handels werden erhöht. Zu einer Minderung der Werksabgabepreise werden die preisbindenden Hersteller kaum bereit sein, da ein solcher Schritt gleichbedeutend wäre mit einer Gewinnminderung für sie selbst. Die Preisbinder werden daher den zweiten — für sie weitaus bequemeren — Weg beschreiten und die Endverkaufspreise erhöhen. Ein solches Ergebnis wäre wirtschaftspolitisch indessen sicherlich unerwünscht, denn es würde direkt zu einer Erhöhung des Preisniveaus und indirekt zu einer weiteren Übersetzung der Handelsstufe führen.

Es läge somit nahe, die Spannen des Handels zu begrenzen. Ein einzelner Hersteller wird hierzu allerdings kaum in der Lage sein, denn er würde Gefahr laufen, daß der Handel seine Verkaufsanstrengungen auf die Artikel mit reichlich bemessener Spanne konzentriert[153]). Einen Ausweg könnten hier Absprachen der Hersteller über eine kollektive Begrenzung der Spannen, also Rabattkartelle, darstellen, um auf diese Weise ein S t e i g e n der Endverkaufspreise im Falle der vertikalen Preisbindung zu vermeiden. Insoweit würde die Kombination von vertikaler Preisbindung und Rabattkartell zu wirtschaftspolitisch durchaus wünschenswerten Ergebnissen führen[154]).

Das ist aber lediglich eine Seite des Problems. Weitere Fragen ergeben sich, wenn man von dem Fall ausgeht, daß die gebundenen Endverkaufspreise bereits ein überhöhtes, nicht mehr marktgerechtes Niveau aufweisen. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn infolge technischer Neuerungen ältere Produkte zum bisherigen Preis

---

[153]) Ähnlich Schwartz, Gem.Komm. II, § 17, Rdnr. 19 (S. 503).
[154]) Positiv zur Kombination auch Schwarz, a.a.O.

unabsetzbar werden und sich in diesen Produkten ein erheblicher Lagerbestand bildet[155]). Die marktwirtschaftlich angemessene Maßnahme wäre in diesem Falle eine entsprechende Reduzierung der gebundenen Endverkaufspreise, um auf diese Weise den Absatz zu beleben. Einer Senkung der Endverkaufspreise versuchen Preisbinder jedoch in der Regel auszuweichen, um eine Schmälerung sowohl des eigenen Gewinnes als auch insbesondere desjenigen der Handelsstufe — auf die gerade Markenartikel-Hersteller angewiesen sind — zu vermeiden. In derartigen Fällen versuchen die Hersteller in der Regel vielmehr, durch höhere Rabatte unter Aufrechterhaltung der Preisbindung den Verkaufsanreiz für den Handel zu erhöhen[156]). Ein solches Vorgehen ist jedoch für preisbindende Hersteller nicht ungefährlich; sie müssen damit rechnen, daß der Handel seinerseits wachsende Rabattforderungen stellt und möglicherweise einen Preisbinder gegen den anderen „ausspielt". Sich gegen derartige überhöhte Rabattforderungen durch ein Rabattkartell abzusichern, liegt somit vom Standpunkt der Preisbinder nahe[157]). Bei überhöhten Endverkaufspreisen kann somit die Kombination von Rabattkartell und vertikaler Preisbindung geeignet sein, ein Sinken der (gebundenen) Preise zu verhindern. Damit ist die Voraussetzung für einen kartellbehördlichen Eingriff nach § 17 Abs. 1 Nr. 3, 2. Alt. gegeben.

Sehr häufig werden allerdings die Effekte, die in der Kombination als solcher liegen, nur für relativ kurze Zeit das Sinken der Preise verhindern können. Bei stark überhöhten Preisen läßt sich auf die Dauer auch mit Unterstützung eines Rabattkartells das gebundene Preisniveau nicht halten, denn teilweise fließt ein Teil der Rabatte unter Umgehung der Preisbindungsverträge eben doch an die Endverbraucher weiter, ein „grauer" Markt entsteht und das gesamte Preisbindungssystem wird von dort her ausgehöhlt. So auch im Fernsehfall; das Bundeskartellamt sah hier mit Recht bereits in den überhöhten Endverkaufspreisen einen Mißbrauch der Preisbindung und hob diese nach § 17 Abs. 1 Nr. 3 auf[158]).

Nicht j e d e s Zusammenwirken von Rabattkartell und vertikaler Preisbindung vermag somit, Preise auf einem überhöhten Niveau festzuhalten. Es kommt stets auf den Einzelfall und hierbei in der Regel weniger auf das Rabattkartell als vielmehr auf die vertikale Preisbindung an.

Wenn nun auch die Kombination nicht schlechthin zu beanstanden ist, so darf andererseits nicht übersehen werden, daß das Gesetz

---

[155]) Sehr instruktiv die Situation auf dem Fernsehgeräte-Markt nach Entwicklung der 59-cm-Bildröhre, auf dem es zu erheblichen Absatzstockungen bei den technisch überholten Geräten mit 53-cm-Bildröhre kam. Hierzu auch BKartA-TB 1961, S. 26 f.

[156]) So auch im Fernsehfall, BKartA-TB 1961, S. 27.

[157]) Ebenso Baumbach-Hefermehl, § 17, Rdnr. 14.

[158]) BKartA Beschl. v. 3. 3. 1961 — WuW/E/BKartA 355 ff. (356).

Wettbewerbsbeschränkungen in keinem Falle um ihrer selbst, sondern lediglich um ihres wirtschaftspolitisch wünschenswerten Erfolges willen zuläßt[159]). Den wirtschaftspolitisch wünschenswerten Erfolg eines Rabattkartells sah der Gesetzgeber in der Förderung der Markttransparenz und in der Verhütung von Rabattschleuderei und Preisdiskriminierung. Alle diese Ziele verlieren aber bei Vorliegen vertikaler Preisbindung an Bedeutung. Schon diese macht den Markt — genauer: die am Markt verlangten Preise — hinlänglich transparent. Das Wesen der Preisbindung ist gerade, daß über den Preis an keiner Stelle im Wirtschaftsablauf Unklarheit herrscht; das gilt sowohl für die Nachfrageseite als auch für die Seite der Anbieter. Auch die Anbieter wissen — oder können es unschwer erfahren — zu welchem Preis ihre preisbindenden Konkurrenten verkaufen, denn auch der Preis wird in der Publikumswerbung von bindenden Unternehmen in der Regel deutlich herausgestellt[160]). Man kann daher sagen, daß in einer preisbindenden Branche die Markttransparenz (im Sinne einer Preistransparenz) nahezu vollständig verwirklicht ist. Eine Rabattkartellierung könnte dem nichts hinzufügen.

Aber auch die anderen vom Gesetzgeber vorgestellten Ziele, die Vermeidung von Rabattschleuderei und Preisdiskriminierungen, entfallen bei Vorliegen vertikaler Preisbindung. Diskriminierungen sind Preisbindern ohnehin gesetzlich untersagt (§ 26 Abs. 2); auch die Gefahr der Rabattschleuderei entfällt bei preisgebundenen Waren weitgehend, denn die Preisbinder haben der Anmeldung ihrer Preisbindung „vollständige Angaben über alle vom Hersteller oder Händler den nachfolgenden Stufen berechneten Abgabepreise sowie über die Handelsspannen beizufügen." (§ 16 Abs. 4 Satz 2). Handelsspannen aber sind — wie bereits erwähnt — im Falle der vertikalen Preisbindung mit den Rabatten identisch; die Möglichkeit, mit den Rabatten zu „schleudern", ist demgemäß infolge ihrer offiziellen Fixierung bereits stark eingeschränkt.

Außerdem muß aber bezweifelt werden, ob die Verhinderung des Rabatt-„Schleuderns" in den Beziehungen zwischen Hersteller- und Handelsstufe überhaupt ein wettbewerbsrechtlich relevantes Ziel ist. Der Begriff des Rabatt-„Schleuderns" ist nicht pathosfrei; er soll offenbar ein Verhalten als unlauter deklassieren, das keineswegs stets als wettbewerbsfremd anzusehen ist. Die Vorstellung, die Verhinderung des Rabattschleuderns sei bereits ein Ziel an sich, beruht offenbar auf einer unzulässigen Übertragung von Sinn und Zweck des Rabattgesetzes[161]) auf das GWB. Das Rabattgesetz, das — wie eingangs erwähnt — nur für den Verkehr mit dem letzten Verbraucher gilt, will verhindern, daß der Händler zunächst

---

[159]) BKartA Beschl. v. 30. 12. 1959 — „Röhrenhersteller" — WuW/E/BKartA 119 ff. (129).

[160]) Übereinstimmend Baumbach-Hefermehl, § 16, Rdnr. 10.

[161]) Vom 25. 11. 1933 / 11. 3. 1957.

einen überhöhten Preis ankündigt und dann den — geschäftlich möglicherweise unerfahrenen — Kunden durch scheinbar hohen Rabatt irreführt[162]). Darum aber geht es bei § 3 nicht, vielmehr handelt es sich hier um die Beziehungen zwischen Herstellern und Händlern. Wie bei den vorausgehenden Erörterungen bereits erwähnt, können sich Hersteller von Markenartikeln in der Regel nicht damit begnügen, ihre Waren an die Händlerstufe abzusetzen, sondern sie müssen auch erreichen, daß der Handel sich seinerseits für den Weiterverkauf der Waren einsetzt. Der Handel wird das bei preisgebundenen Waren — deren Verkaufspreise er auf Grund der Bindung ja nicht mehr beeinflussen kann — nur tun, wenn der Hersteller ihm durch Gewährung hoher Rabatte den Bezug zu niedrigen Einstandspreisen möglich macht. Insofern konkurrieren alle Hersteller preisgebundener Waren um die „Gunst", das heißt um die Verkaufsbemühungen des Handels.

Das Gebiet, auf dem sich dieses Konkurrieren abspielt, ist die Gewährung von Rabatten. Ein Hersteller, der durch Einräumung höherer Rabatte unter Beibehaltung des gebundenen Endverkaufspreises die Verkaufsbemühungen des Handels anregen will, „schleudert" nicht mit den Rabatten; er handelt nicht unlauter, selbst dann nicht, wenn seine Nettoerlöse dabei unter seine Selbstkosten sinken sollten. Um ein solches Verhalten unlauter zu machen, müßten noch besondere Umstände hinzutreten, etwa ein gezielter Vernichtungswille gegenüber einem Konkurrenten.

Rabatte, die nur die Verkaufsbemühungen des Handels anregen sollen, sind daher reine Wettbewerbsrabatte im Sinne der eingangs[163]) gegebenen Einteilung, sie tragen keinen Entgeltcharakter und sind deshalb auch nicht kartellfähig im Sinne von § 3 GWB.

Aus alledem ergibt sich, daß im Falle der vertikalen Preisbindung der vom Gesetzgeber vorgestellte Sinn und Zweck einer Ausnahmebestimmung für Rabatte in der Regel entfällt oder bereits auf andere Weise realisiert wird. Werden individuell-vertikale Preisbindungen und kollektiv-horizontale Rabattabsprachen gleichwohl kombiniert, so kommt dieses regelmäßig einer totalen Erfassung und Regelung des Marktes gleich[164]). Dadurch werden im allgemeinen Effekte erzielt, die über die bloße Addition der Einzelwirkungen hinausgehen. Das aber entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Ausnahmebestimmung für Rabatte; ein Rabattkartell, das an diesen Effekten mitwirkt, mißbraucht daher seine „durch Freistellung von § 1 erlangte Stellung im Markt" (§ 12 Abs. 1 Nr. 1).

Dem steht auch nicht entgegen, daß in Ausnahmefällen, wenn etwa die Rabattkartellierung sich nur auf wenige Anbieter erstreckt, die übrigen mit dem größeren Marktanteil auf dem relevanten Markt

---

[162]) Übereinstimmend Rinck, Rdnr. 275.
[163]) § 2 dieser Arbeit, insbes. § 2, II, 2.
[164]) Gl. A. Müller/Gries, § 1, Rdnr. 26.

aber ihre Rabatte individuell festsetzen, diese weitergehenden Effekte nicht zwingend eintreten müssen. So hat das Bundeskartellamt der Anmeldung eines Rabattkartells zweier Sekthersteller nicht widersprochen[165]), obwohl diese ihrerseits die Preise ihrer Erzeugnisse vertikal gebunden hatten. In diesem Fall war der wettbewerbsbeschränkende Effekt der Kombination aber wohl nur von geringer Bedeutung, da dem aus nur zwei Anbietern bestehenden Kartell noch eine Vielzahl sonstiger Anbieter mit weitaus größerem Marktanteil gegenüberstand[166]).

Im allgemeinen aber sind der Kombination von vertikaler Preisbindung und horizontaler Rabattabsprache Wirkungen auf das Marktgefüge immanent, die mit Sinn und Zweck der Ausnahmevorschrift sowie des Gesamtgesetzes kollidieren. Die Anmeldung einer Rabattkartellierung auf einem Markt, auf dem bereits alle Anbieter oder ihr überwiegender Teil die Preise ihrer Erzeugnisse vertikal gebunden haben, wird daher in aller Regel zumindest eine besonders strenge Mißbrauchsprüfung durch die Kartellbehörde auslösen müssen.

2. Rabattkartelle in Verbindung mit faktischen Wettbewerbsbeschränkungen

Wettbewerbsbeschränkungen können nicht nur auf Grund von Vereinbarungen mehrerer Wirtschaftssubjekte entstehen, sondern sie können ebenso durch die spezielle Marktsituation faktisch gegeben sein. Der Extremfall ist das Monopol. Der Monopolist ist auf seinem speziellen Markt stets ohne Wettbewerb, Kartelle sind daher auf einem Monopolmarkt ex definitione undenkbar. Dieser Fall bedarf daher keiner weiteren Erörterung.

Kritisch ist jedoch die folgende Stufe, das Oligopol. Hier ist nicht mehr ein Unternehmen alleiniger Anbieter eines bestimmten Produktes am Markt, sondern es sind deren mehrere. Zwischen diesen Unternehmen kann Wettbewerb bestehen, braucht es aber nicht. In der Regel wird man davon auszugehen haben, daß auf oligopolistisch strukturierten Märkten jedenfalls ein Preiswettbewerb nicht besteht und zwar aus folgenden Gründen:

In der Regel herrscht auf derartig strukturierten Märkten weitgehende Marktübersicht, zumindest auf der Anbieterseite. Ein Anbieter, der versuchen wollte, aus den — regelmäßig auf einem überhöhtem Niveau — eingespielten Preisrelationen auszubrechen, müßte daher mit sofortigen Reaktionen seiner (wenigen) Mitbewerber und Marktpartner rechnen. Wollte dieser die Preise erhöhen, müßte er erwarten, daß erhebliche Nachfrage von ihm weg zu den übrigen

---

[165]) Bundesanzeiger Nr. 190 v. 3. 10. 1958.
[166]) Schoser, F., Das Rabattkartell in ordnungspolitischer Sicht, Diss. Köln 1959, S. 115.

Anbietern wanderte, er somit Einbußen an seinem Marktanteil erlitte. Senkte er hingegen die Preise, folgten ihm seine wenigen Mitbewerber unmittelbar, da sie sonst Schmälerungen ihres Marktanteils hinnehmen müßten. Auch durch eine Senkung des Preises könnte daher keiner der Oligopolisten einen Zuwachs an seinem Marktanteil erwarten; die Preise spielten sich dann lediglich auf einem niedrigeren, das heißt für die Anbieter allgemein ungünstigeren, Niveau ein. Aus dieser Situation heraus ergibt sich unter den wenigen Anbietern schnell ein „Gruppenbewußtsein", jeder vermeidet es, mit individueller offener Preispolitik die einmal eingespielten Preisrelationen aus dem Gleichgewicht zu bringen. Findet dennoch Wettbewerb statt, so also jedenfalls aus den geschilderten ökonomisch-rationalen Erwägungen heraus in der Regel nicht im Preissektor, sondern nur noch in anderen Bereichen, etwa denen der Qualität oder des Service, möglicherweise auch noch auf dem Gebiet der Rabattgewährung. Aber auch in den Bereichen von Qualität und Service kann in bestimmten Fällen ein Wettbewerb nicht praktikabel sein, nämlich dann nicht, wenn in qualitativer Hinsicht die Produkte der einzelnen Oligopolisten sich infolge technisch bedingter Homogenität nicht unterscheiden und sie auch nicht servicebedürftig sind. In einem solchen Fall bleibt letztlich nur der Wettbewerb mit den Rabatten[167]).

Alle Rabatte haben — ungeachtet der Tatsache, daß sie aus unterschiedlichen Anlässen gewährt werden — die Eigenschaft gemeinsam, daß sie als Nachlässe von einem bestimmten Vollpreis berechnet werden. Sie sind somit Preisbestandteile, so daß man den Rabattwettbewerb — da über die einzelnen Bestandteile der Vollpreis in einer weiten Schwankungsbreite manipuliert werden kann — mit einer gewissen Berechtigung lediglich als einen besonderen Aspekt des Preiswettbewerbs ansehen könnte.

Gleichwohl sind aber mit dem Rabattwettbewerb gegenüber dem Preiswettbewerb gewisse Eigenarten verbunden, denen speziell auf oligopolistischen Märkten besondere Bedeutung zukommt. Während eine offene Senkung der Listenpreise aus den geschilderten Gründen sofort durch entsprechende Reaktionen der — wenigen — Mitbewerber neutralisiert werden würde, mithin keiner der Anbieter den Preis direkt als Aktionsparameter im Wettbewerb einsetzen kann

---

[167]) Auf dieser Tatsache baut auch die im folgenden erörterte Einspruchsentscheidung des BKartA im Fensterglas-Fall auf; BKartA, Einspr.-Entsch. v. 22. 12. 1960, WuW/E/BKartA 281 ff., insbes. 287 ff.; zum Problem ferner: Schmidt, I., Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1963, S. 97 ff., insbes. S. 101; Paulsen, Andreas, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, Band 2, Berlin 1956, S. 136 ff.; Knöpfle, Robert, Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB, WuW 1962, WuW 1962, S. 159 (162); GWB-Bericht, Gutachten des Wissensch. Beirates beim Bundeswirtschaftsministerium, S. 90, Rdnr. 11 und S. 91, Rdnr. 21; Markert, Kurt, Preismeldeverträge und Oligopol, BB 1964, S. 62 ff.

und wird, wäre es möglich, durch — möglicherweise geheime — Rabatteinräumung zusätzliche Kunden oder Aufträge zu gewinnen; auf diese Weise könnte ein Anbieter einen — unter Umständen allerdings nur vorübergehenden — Vorsprung vor den Konkurrenten erlangen. Die Folge dieser individuellen Nachlässe wäre aber, daß sich die Effektivpreise (Nettopreise) allmählich auf einem niedrigeren Niveau einspielten, das den tatsächlichen Marktverhältnissen entspräche und das dann nicht mehr oligopolistisch überhöht wäre.

Dieser Effekt wäre gesamtwirtschaftlich durchaus wünschenswert, er kollidierte hingegen mit den Interessen der einzelnen Oligopolisten. Diese gehen in dem Bestreben einig, ein möglichst h o h e s Preisniveau für ihre Produkte aufrecht zu erhalten. Sie gehen daher auch darin einig, das zu vermeiden, was das gemeinsame hohe Preisniveau gefährden könnte. Die einzige echte Gefährdung für ein hohes Preisniveau liegt — wie gesagt — im individuellen Rabattwettbewerb. Diesen durch ein Rabattkartell auszuschalten, ist daher ein vom Standpunkt der Oligopol-Anbieter durchaus konsequentes Bestreben.

Dieses Bestreben kollidiert aber wiederum mit dem Gedanken des Wettbewerbsschutzes im allgemeinen und dem Sinn und Zweck der Freistellungsvorschrift des § 3 im besonderen, denn gerade am Bestehen eines Wettbewerbs zwischen Oligopol-Inhabern ist das Gesetz außerordentlich interessiert und gerade in dieser Marktsituation muß er im Interesse der Abnehmer erhalten bleiben[168]). Die Benutzung eines Rabattkartells auf einem oligopolistischen Markt zwecks Erhaltung eines überhöhten Preisniveaus muß daher erheblichen Bedenken begegnen.

Mit Recht hat das Bundeskartellamt einem Rabattkartell, das auf einem im übrigen wettbewerbslosen Markt angemeldet worden war, aus den Gründen des § 12 Abs. 1 Nr. 1 widersprochen[169]). Die Kartellbehörde stellte fest, daß auf dem Markt, für den die Rabattkartellierung gelten sollte, zwischen den Herstellern kein Preis-, Konditionen- oder Service- und kaum Qualitätswettbewerb bestand und daß darüber hinaus auf dem relevanten Markt allein die (drei) kartellbegehrenden Anbieter existierten. Es lag also eine typische Oligopolsituation vor. Der einzige inländische Außenseiter konnte mangels wirtschaftlicher Potenz einen Einfluß auf die Marktverhältnisse nicht ausüben; auch ein Import von Kartellware fand in nennenswertem Umfange nicht statt. Aus alledem hat die Kartellbehörde den Schluß gezogen, das einzig in der Rabattgewährung der Wettbewerb noch möglich sei. Werde auch diese letzte Wettbewerbsmöglichkeit durch ein Rabattkartell ausgeschaltet, stelle dieses einen

---

[168]) So auch Rinck, Rdnr. 621 (S. 180).

[169]) BKartA, Beschl. v. 7. 3. 1960 — „Fensterglas" — WuW/E/BKartA 188 ff., insoweit bestätigt durch Einspr.-Entsch. v. 22. 10. 1960, WuW/E/BKartA 281 ff.

Gebrauch der Ausnahmevorschrift des § 3 dar, der mit der Gesetzesratio nicht in Einklang zu bringen sei.

Dieser Ansicht ist das Kammergericht nicht gefolgt[170]). Es hat sich vielmehr hinsichtlich der Beurteilung des Rabattwettbewerbs auf den Standpunkt gestellt, daß bereits die Annahme, Rabattwettbewerb sei auf oligopolistischen Märkten noch möglich, nicht zutreffe[171]). Vielmehr würden dieselben Gründe, die dazu geführt haben, einen funktionsfähigen Wettbewerb in den Preisen, den Konditionen und im Service unmöglich zu machen, auch dazu führen, daß die Rabatte sich ohne Kartellierung ebenfalls anglichen; wenn aber Rabattwettbewerb nicht möglich sei, könne auch die kartellarische Festlegung von Rabatten nicht mißbräuchlich sein.

Diese Feststellungen des Kammergerichts überraschen. Zunächst trennt das Gericht bei der Beurteilung des Rabattwettbewerbs Lager- und Umsatzrabatte einerseits und die sogenannten Sonderrabatte andererseits und geht von der Annahme aus, daß die Unmöglichkeit des Wettbewerbs jedenfalls mit Sicherheit auf Lager- und Umsatzrabatte zutreffe, hingegen nicht auf die sogenannten Sonderrabatte.

Die Trennung in einzelnen Rabattarten im allgemeinen ist sicherlich nicht unberechtigt; fraglich ist jedoch, ob hier auch die Feststellungen hinsichtlich der Möglichkeit, mit der einen Art von Rabatten noch Wettbewerb zu treiben, mit der anderen hingegen nicht, den Kern der Sache treffen. Einerseits erkennt das Kammergericht an, daß auch in Oligopolsituationen der Wettbewerb in Sonderrabatten möglich ist, andererseits vereint es aber diese Möglichkeit für Umsatz- und Lagerrabatte. Eine solche Unterscheidung scheint sich indessen zu sehr lediglich an der nominellen Bezeichnung der Rabatte zu orientieren. Sonderabatte sind zwar „reine" Wettbewerbsrabatte; das Wettbewerbselement durchzieht aber alle Rabattarten, also auch Umsatz- und Lagerrabatte. Es erscheint daher wenig überzeugend, daß das Wettbewerbselement in ein und derselben Marktsituation bei der einen Rabattart noch wirksam sein sollte, bei der anderen hingegen nicht.

Selbst aber wenn Umsatz- und Lagerrabatte äußerlich scheinbar nicht mehr vom Wettbewerb berührt werden, kann der Rabattwettbewerb noch wirksam, das heißt „möglich", sein; er drückt sich dann eben — wie hier — nur in sogenannten „Sonder"-Rabatten aus. Es hat daher wenig Sinn, den Rabattkomplex hinsichtlich der Frage, ob Rabattwettbewerb möglich ist, in einzelne Rabattarten aufzuspalten. Die Tatsache, daß individuelle Sonderrabatte gewährt werden, ist bereits ein hinreichendes Indiz dafür, daß Rabattwettbewerb in einer konkreten Marktsituation möglich ist.

---

[170]) KG, Beschl. v. 4. 5. 1962 — „Fensterglas" — WuW/E/OLG 469 ff.

[171]) KG, Beschl. v. 4. 5. 1962 — „Fensterglas" — WuW/E/OLG 469 ff. (475, 476).

Besteht aber ein solcher individueller Wettbewerb, wie im Fensterglasfall, in Form von Sonderrabatten, entfällt damit gleichzeitig das Argument des Kammergerichts, die Rabattkartellierung könne in der zu beurteilenden Oligopolsituation schon deshalb nicht mißbräuchlich sein, weil Rabattwettbewerb gar nicht möglich sei. Überdies spricht gegen die Auffassung des Kammergerichts auch die Tatsache, daß eine wettbewerbsbeschränkende Abrede in einem Bereich, in dem Wettbewerb von vornherein nicht möglich wäre, wirtschaftlich jedes Sinnes entbehren würde; eine Abrede des Inhalts, daß ein nicht existenter und nicht einmal möglicher Wettbewerb beschränkt werden solle, erschiene wenig logisch, denn wo weder zum gegenwärtigen Zeitpunkt Wettbewerb besteht noch künftig zu erwarten ist, ist keine Wettbewerbsbeschränkung denkbar[172]).

Im übrigen ist das Kammergericht bei der Beurteilung der Rabattabsprache mit Recht von der weiteren Feststellung ausgegangen, daß die Rabattkartellierung im Fensterglas-Fall ohnehin nicht Sinn und Zweck der Ausnahmevorschrift des § 3 zu erfüllen in der Lage sei. Der Förderung der Markttransparenz und der Verlagerung des Wettbewerbs auf die Hauptleistungen vermöchten die Rabattbeschlüsse nicht zu dienen, wenn ein Preis-, Qualitäts-, Konditionen- und Servicewettbewerb infolge der Markt- und Produktionsverhältnisse überhaupt nicht möglich sei. Auch dem weiteren Zweck der Ausnahmebestimmung für Rabatte — Verhinderung der sogenannten Rabattschleuderei — vermöchten die Rabattbeschlüsse jedenfalls solange nicht zu dienen, wie die kartellbegehrenden Anbieter infolge der starken Nachfrage den Markt beherrschten[173]).

Diese Feststellungen — soweit sie die tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse betreffen — sind sicherlich zutreffend. Die daraus gezogenen Schlüsse vermögen allerdings nicht zu überzeugen. Wenn die angemeldete Rabattabsprache gar nicht in der Lage ist, den ihr vom Gesetzgeber zugedachten Sinn und Zweck zu erfüllen, so liegt in der Absprache selbst schon eine Diskrepanz zum objektiven Zweck der Ausnahmebestimmung. Selbst wenn also das Kammergericht der — hier bekämpften — Auffassung war, Rabattwettbewerb sei in der zu beurteilenden Marktsituation gar nicht möglich gewesen, hätte es andererseits gegen die Rabattkartellierung schon deshalb Bedenken haben müssen, weil die Absprache nicht zur Durchsetzung des ihr vom Gesetzgeber zugedachten Zweckes geeignet war. Mindestens diese Eignung muß aber gegeben sein, denn das Gesetz erlaubt Eingriffe in das Marktgeschehen nicht um ihrer selbst willen, sondern nur, wenn sie zur Erreichung eines wirtschaftspolitisch wünschenswerten Erfolges — das ist ihr Sinn und Zweck — unabding-

---

[172]) Gl. A. v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3, Rdnr. 110.

[173]) KG, Besch. vom 4. 5. 1962 — „Fensterglas" — WuW/E/OLG 469 ff. (475).

bar[174]), jedenfalls aber geeignet sind. Der vom Gericht angestellten Erörterung, ob es „unverdächtige" Gründe für das Kartellbegehren der Fensterglas-Produzenten gäbe[175]), hätte es daher schon deshalb nicht bedurft, weil die Rabattabsprache o b j e k t i v nicht zur Realisierung des vom Gesetz gewollten Erfolges geeignet war. Schon darin hätte das Gericht einen Mißbrauch der Ausnahmebestimmung sehen müssen. Was die Handelnden darüber hinaus wußten oder wollten, war gleichgültig[176], [177]).

Das Verhältnis von Markttransparenz und Rabattwettbewerb ist in Oligopol-Situationen im übrigen nicht unproblematisch. Wie erwähnt, sollen Rabattkartelle die Verwirklichung der Markttransparenz fördern; deren Vorhandensein ist im allgemeinen auch eine der Voraussetzungen für einen funktionsfähigen Wettbewerb, worauf mit Recht aufmerksam gemacht wird[178]). Erst wenn die Marktpartner wissen, welches sonstige Angebot und welche sonstige Nachfrage (mit den entsprechenden Preisrelationen) noch am Markt bestehen, können sie sich aus rationalen Erwägungen heraus wettbewerbsgemäß verhalten[179]). Das Vorhandensein von Markttransparenz gehört somit auch keineswegs nur zu den Prämissen, die etwa einer modelltheoretischen Analyse über vollständigen Wettbewerb (im Sinne der ökonomischen Theorie) voranzuschicken sind[180]).

Gleichwohl gibt es Sonderfälle im Verhältnis von Angebot und Nachfrage zueinander, in denen die an sich wünschenswerte vollständige Markttransparenz nur dadurch zu erreichen ist, daß auch der Rabatt als letztes Mittel im Wettbewerb der individuellen Gestaltung entzogen wird. Dieses trifft insbesondere auf Oligopol-Situationen zu und zwar jedenfalls immer dann, wenn sonstiger Wettbewerb, besonders der Hauptleistungswettbewerb in Preisen und Qualitäten, bereits beschränkt ist. In derartigen Situationen entsteht insofern eine Kollision, als eine Realisierung beider Ziele zugleich — Schaffung von Markttransparenz u n d Erhaltung des letzten funktionsfähigen Wettbewerbs — nicht möglich ist. Dann ist es erforderlich, beide Ziele gegeneinander abzuwägen. Dabei wird man zu dem

---

[174]) Übereinstimmend BKartA Beschl. v. 30. 12. 1959 — „Röhrenhersteller" — WuW/E/BKartA 119 ff. (129).

[175]) KG, Beschl. v. 4. 5. 1962 — „Fensterglas" — WuW/E/OLG 469 ff. (476).

[176]) Sinngemäß übereinstimmend Rinck, Rdnr. 966.

[177]) In der Fensterglas-Sache hat die Kartellbehörde Rechtsbeschwerde eingelegt, die Entscheidung des BGH lag bei Drucklegung dieser Arbeit noch nicht vor (BKartA-TB 1962, S. 42).

[178]) Rinck, BB 1962, S. 105 ff. (105).

[179]) Übereinstimmend Rinck, BB 1962, S. 105 ff. (105).

[180]) Insofern gehen auch die Darlegungen von Ingo Schmidt, WuW 1963, S. 97 ff., fehl, in denen die Übertragung des Markttransparenz-Begriffes aus der Modellanalyse des vollkommenen Wettbewerbs auf die Wettbewerbssituation auf unvollkommenen Märkten gerügt wird.

Ergebnis kommen müssen, daß das Gesetz die Erhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs gegenüber der Schaffung von Markttransparenz als höherwertig ansieht, denn wird der Wettbewerb verletzt, so enthält das Gesetz Sanktionen verschiedener Art und Schärfe, nicht jedoch schon bei Verletzung oder Unterdrückung der Markttransparenz allein.

Aus alledem wird man den Schluß ziehen müssen, daß die Schaffung von Markttransparenz vom Standpunkt eines marktwirtschaftlichen Systems her zwar grundsätzlich wünschenswert ist; zur Verwirklichung der Markttransparenz können Rabattkartelle auch geeignet sein. Die Grenze für die Zulässigkeit von Rabattkartellen zur Schaffung von Markttransparenz ist da zu ziehen, wo diese nur zum Preis eines völligen Wettbewerbsausschlusses realisiert werden kann. In einem solchen Fall verliert auch die Schaffung von Markttransparenz ihren wirtschaftlichen Sinn.

Wird somit durch ein Rabattkartell der letzte funktionsfähige Wettbewerb ausgeschlossen, so verstößt das gegen Sinn und Zweck der Ausnahmebestimmung selbst dann, wenn die Absprache zur Förderung der Markttransparenz beitragen würde.

Zusammenfassung

1. Den Sinn und Zweck einer Ausnahmebestimmung für Rabatte sah der Gesetzgeber in der Förderung der Markttransparenz, der Vermeidung von Preisdiskriminierungen und der Verhütung der sogenannten Rabattschleuderei, insbesondere aber auch in der Förderung des Hauptleistungswettbewerbs in Preisen und Qualitäten.

2. An diesen Zielen muß sich die Beurteilung von Rabattkartellierungen orientieren. Werden durch eine Rabattkartellierung nicht diese Ziele realisiert, sondern andere Ergebnisse bewirkt, die mit Sinn und Zweck der Ausnahmebestimmung nicht in Einklang stehen, wird das Gesetz mißbraucht.

3. Die Kombination von Rabattkartellen mit anderen erlaubten Wettbewerbsbeschränkungen ist nicht grundsätzlich unzulässig. Bei der Verbindung von Rabattkartellen mit der vertikalen Preisbindung liegt aber die Gefahr völliger Markterstarrung sehr nahe; in diesem Fall wird daher besonders eingehend zu prüfen sein, ob eine Rabattkartellierung noch mit Sinn und Zweck des Gesetzes in Einklang steht.

4. Schließt ein Rabattkartell den letzten funktionsfähigen oder möglichen Wettbewerb aus, so wird die Ausnahmebestimmung mißbraucht. Das gilt insbesondere in Oligopolsituationen, wenn sonstiger Wettbewerb bereits nicht mehr besteht.

§ 7 Die Aufsicht über Rabattkartelle

Rabattkartelle unterliegen ebenso wie alle zugelassenen Kartelle einer behördlichen Aufsicht (§ 12 Abs. 1). Mißbrauchen sie ihre Stellung im Markt (§ 12 Abs. 1 Nr. 1) oder verletzen sie die von der Bundesrepublik Deutschland in zwischenstaatlichen Abkommen anerkannten Grundsätze über den Warenverkehr (§ 12 Abs. 1 Nr. 2)[181]), hat die Kartellbehörde gegen sie die in § 12 Abs. 2 bezeichneten Maßnahmen zu ergreifen. Danach kann die Kartellbehörde den am Rabattkartell beteiligten Unternehmen aufgeben, einen beanstandeten Mißbrauch abzustellen, die Rabattverträge oder -beschlüsse zu ändern oder — als schärfste Maßnahme — die Rabattverträge für unwirksam erklären (§ 12 Abs. 2 Nr. 1 — 3).

Mit alledem hat sich der Gesetzgeber jedoch nicht zufrieden gegeben. Er stand Rabattkartellen bis zuletzt unentschlossen und mißtrauisch gegenüber[182]), dieses zeigt sich deutlich in der Spezialbestimmung des § 3 Abs. 4, nach der die Kartellbehörde gegen Rabattkartelle sofort und direkt mit der schärfsten Maßnahme, der Unwirksamkeitserklärung, vorgehen kann, „wenn einer der in den Absätzen 1 oder 3 genannten Gründe vorliegt". Das Gesetz drückt sich hier allerdings unpräzise aus. § 3 Abs. 1, auf den in Abs. 4 neben Abs. 3 hingewiesen wird, nennt keine Eingriffs g r ü n d e, sondern Zulässigkeits v o r a u s s e t z u n g e n. Gemeint dürfte in § 3 Abs. 4 sein, daß die Kartellbehörde auch noch nach Ablauf der Widerspruchsfrist das Rabattkartell für unwirksam erklären kann, wenn sich nachträglich herausstellt, daß einer der in § 3 Abs. 3 genannten Widerspruchstatbestände vorliegt oder daß eine der grundsätzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 f e h l t oder wieder e n t f a l l e n ist. Gerade das Wiederentfallen der Zulässigkeitsvoraussetzungen kann bei Rabattkartellen, insbesondere Funktionsrabattkartellen, sehr schnell praktisch werden, wenn Abnehmer ihre händlerischen Leistungen nicht mehr in der Weise erfüllen, wie das ursprünglich bei der Rabattbemessung angenommen worden war. So kann ein Händler beispielsweise die Marktpflege durch Unterlassung von Werbung, durch unzureichenden Service oder durch mangelhafte Lagerhaltung ganz erheblich vernachlässigen. Erhält er gleichwohl den bisherigen Rabatt, so fehlt dafür die innere Berechtigung, der Rabatt ist kein „echtes Leistungsentgelt" mehr; damit ist ein Grund zum Eingreifen der Kartellbehörde nach § 3 Abs. 4 gegeben[183]).

Durch § 3 Abs. 4 besteht andererseits für Marktbeteiligte auch noch nach Ablauf der Dreimonatsfrist die Möglichkeit nachzuweisen,

---

[181]) Diese Bestimmung dürfte für Rabattkartelle kaum jemals praktische Bedeutung erlangen. Hierauf wird unten, § 9, noch einmal zurückzukommen sein.

[182]) Ähnlich Rinck, Rdnr. 667.

[183]) Ähnlich v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3, Rdnr. 115.

daß sie einer Diskriminierung unterliegen, um auf diese Weise die nachträgliche Unwirksamkeitserklärung des Kartells herbeizuführen[184]). Mit § 3 Abs. 4 geht praktisch die wie bei den anderen Widerspruchskartellen befristete Widerspruchsmöglichkeit (§ 3 Abs. 3 Satz 1) der Kartellbehörde in eine unbefristete über; der Bestandsschutz eines Rabattkartells ist demnach geringer als der eines Konditionen- oder Normenkartells[185]).

Das ist auch wichtig für den Fall, daß die Prüfung einer Rabattkartellanmeldung in der ohnehin relativ kurzen Widerspruchsfrist von drei Monaten nicht abgeschlossen werden kann. Dann behält die Kartellbehörde nicht nur — wie es nach § 3 Abs. 4 scheinen könnte — die Möglichkeit, ein infolge Fristablaufs wirksam gewordenes Rabattkartell, dem hätte widersprochen werden müssen, noch nachträglich für unwirksam zu erklären, sondern sie hat die allgemeine Amtspflicht, die Prüfung der Kartellanmeldung auch noch nach Ablauf der Widerspruchsfrist fortzusetzen und gegebenenfalls die Unwirksamkeitserklärung vorzunehmen[186]).

§ 3 Abs. 4 als Grundlage der ständigen „Mißbrauchs"-Aufsicht über Rabattkartelle anzusehen[187]), scheint nicht ganz zutreffend oder doch nur, wenn man den Mißbrauchsbegriff sehr weit faßt und darunter nicht nur zweckwidrige, sondern auch bereits unzulässige Rabattabsprachen begreift. Wie bereits erwähnt, verweist § 3 Abs. 4 auch ausdrücklich auf § 3 Abs. 1; werden dessen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt, kann die Kartellbehörde praktisch jederzeit eingreifen. Das Fehlen der in § 3 Abs. 1 bezeichneten Voraussetzungen macht die Rabattkartellierung aber nicht mißbräuchlich, sondern überhaupt unzulässig; die Verbotsnorm des § 1 greift wieder ein. Was aber verboten ist, kann nicht mißbraucht werden[188]).

Zweifelhaft könnte indessen sein, ob § 3 Abs. 4 nur die direkte Unwirksamkeitserklärung oder auch ein Vorgehen in abgestufter Schärfe zuläßt. Ausdrücklich erwähnt § 3 Abs. 4 nur die Unwirksamkeitserklärung. Diese wird auch in gravierenden Fällen, etwa bei offensichtlich schädlichen Wirkungen des Rabattkartells, die angemessene Maßnahme sein. Steht aber beispielsweise zu erwarten, daß ein Rabattkartell seine Rabattstaffel, die nicht mehr den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 genügt, auf ein entsprechendes Gebot der Kartellbehörde so abändert, daß die Rabatte wieder „echte Leistungsentgelte" darstellen und Diskriminierungen vermeiden, müßte es an sich damit sein Bewenden haben können und eine totale Unwirk-

---

[184]) Übereinstimmend Müller/Gries, § 3, Rdnr. 27.
[185]) Im Ergebnis wie hier Baumbach-Hefermehl, § 3, Rdnr. 31; Rinck, Rdnr. 667.
[186]) KG., Beschl. vom 8. 2. 1963 — „Interessengemeinschaft" — WuW/E/OLG 540 ff. (543).
[187]) So Baumbach-Hefermehl, § 3 Rdnr. 31.
[188]) So auch Sarnighausen, Der Mißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Göttingen 1961, S. 83.

samkeitserklärung wäre dann unnötig, möglicherweise sogar unzulässig.

§ 3 Abs. 4 sieht zwar ein bloßes Änderungsgebot nicht vor, gleichwohl wird man nach Sinn und Zweck der Vorschrift, ihrer insoweit vorhandenen Beziehung zur Mißbrauchsaufsicht, insbesondere aber aus dem verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Proportionalität, der auch im Wettbewerbsrecht gilt[189]), zu schließen haben, daß auch für Eingriffe nach § 3 Abs. 4 eine Maßnahmenskala in abgestufter Schärfe zulässig ist.

Wie bereits erwähnt, ist aus § 3 Abs. 4 auch zu entnehmen, daß Marktbeteiligte trotz der in § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 festgelegten Frist von einem Monat nach Bekanntmachung der Anmeldung praktisch jederzeit den Nachweis führen können, daß sie durch ein Rabattkartell Diskriminierungen ausgesetzt sind. Fraglich könnte lediglich sein, ob diese Marktbeteiligten auch einen Anspruch darauf haben, daß die Kartellbehörde gegenüber dem diskriminierenden Rabattkartell eingreift, wie bei einem fristgerechten Diskriminierungsnachweis innerhalb eines Monats nach Bekanntmachung der Anmeldung. Die Frage ist wohl zu bejahen. Das Wort „kann" in § 3 Abs. 4 deutet zwar darauf hin, daß die Kartellbehörde bei Diskriminierungen, die erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist nachgewiesen werden, Handlungsermessen besitzt. Von diesem Ermessen darf die Kartellbehörde aber keinen fehlsamen Gebrauch machen. Dieser liegt sicherlich vor, wenn die Kartellbehörde trotz nachgewiesener Diskriminierungen gegenüber einem Rabattkartell untätig bleibt. Zwar hat nicht jeder beliebige einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung der Kartellbehörde, aber doch der, dessen Schutz das Gesetz bezweckt. § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 erkennt Marktbeteiligte, die durch ein Rabattkartell Diskriminierungen erleiden, ausdrücklich als Schutzinteressenten des Gesetzes an[190]). Damit haben auch sie ein subjektives öffentliches Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung der Kartellbehörde[191]). Bleibt die Kartellbehörde trotz eines Diskriminierungsnachweises untätig, kann sie von den diskriminierten Marktteilnehmern wegen dieser Untätigkeit verklagt werden (§ 62 Abs. 3). Dringen die Diskriminierten mit ihrer Klage durch, muß die Kartellbehörde zur Unwirksamkeitserklärung des Rabattkartells gemäß § 3 Abs. 4 verurteilt werden[192]).

Gegen Verfügungen der Kartellbehörden nach § 3 Abs. 4 und § 12 Abs. 2 sind den Betroffenen die Rechtsbehelfe des Kartellverfahrens gegeben. Es sind dieses der Einspruch (§ 59) — hierüber entscheidet noch einmal die Kartellbehörde — und gegen den Ein-

---

[189]) So auch Rinck, Rdnr. 985.

[190]) So neuestens auch BKartA, Einspr.-Entsch. vom 13. 11. 1963 — „Linoleum-Hersteller" — BB 1963, S. 1351 ff. (1351, 1352).

[191]) So auch Rinck, Rdnr. 1018.

[192]) KG, Beschl. vom 8. 2. 1963 — „Interessengemeinschaft" — WuW/E/OLG 540 ff.; Rinck, Rdnr. 665, 1018, Nachträge.

spruchsentscheid die Beschwerde (§ 62 Abs. 1). Über die Beschwerde entscheidet das zuständige Oberlandesgericht. Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichtes kann der Bundesgerichtshof angerufen werden, wenn das Oberlandesgericht die Rechtsbeschwerde zugelassen hat (§ 73 Abs. 1).

Ist eine Unwirksamkeitserklärung nach § 3 Abs. 4 oder § 12 Abs. 2 Nr. 3 unanfechtbar geworden, begeht eine Ordnungswidrigkeit, wer sich vorsätzlich oder fahrlässig über diese Unwirksamkeitserklärung hinwegsetzt (§ 38 Abs. 1 Nr. 2). Desgleichen begeht eine Ordnungswidrigkeit, wer vorsätzlich oder fahrlässig einer unanfechtbar gewordenen Verbotsverfügung nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 oder einem unanfechtbar gewordenen Änderungsgebot nach § 12 Abs. 2 Nr. 2 zuwiderhandelt (§ 38 Abs. 1 Nr. 4).

Zusammenfassung

1. Gegenüber Rabattkartellen hat die Kartellbehörde spezielle Eingriffsbefugnisse. Sie kann Rabattkartelle für unwirksam erklären, wenn die gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht mehr vorliegen, das Kartell schädliche Wirkungen hat oder Marktbeteiligte diskriminiert (§ 3 Abs. 4).

2. Rabattkartelle unterliegen darüberhinaus der Mißbrauchsaufsicht (§ 12 Abs. 1) der Kartellbehörde. Ist die Praktizierung eines Rabattkartells mißbräuchlich, kann die Kartellbehörde gegen das Kartell in abgestufter Schärfe vorgehen (§ 12 Abs. 2).

3. Gegen die Verfügung der Kartellbehörde nach § 3 Abs. 4 und § 12 Abs. 2 sind den Betroffenen die Rechtsbehelfe des Kartellverfahrens gegeben.

4. Das vorsätzliche oder fahrlässige Hinwegsetzen über unanfechtbar gewordene Unwirksamkeitserklärungen stellt eine Ordnungswidrigkeit dar, ebenso das vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandeln gegen unanfechtbar gewordene Verbots- oder Änderungsverfügungen der Kartellbehörde nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 und 2.

3. Kapitel

EINZELNE ARTEN VON RABATTKARTELLEN

Vorbemerkung

Im vorhergehenden Abschnitt wurde versucht, die generelle Problematik darzulegen, die sich nach geltendem Recht bei Beschränkungen des Rabattwettbewerbs ergibt. Das Thema ist damit indessen nicht erschöpfend behandelt, denn aus den Beschränkungen des Rabattwettbewerbs, die bislang generalisierend als Rabattkartelle bezeichnet wurden, entwickeln sich neben den allgemeinen Problemen auch ganz spezielle Fragen, die mit den einzelnen Arten der Rabattkartellierung variieren. Diese Fragen sind auch von wettbewerbsrechtlicher Relevanz; auf sie wird daher im folgenden besonders einzugehen sein.

Dabei können und müssen indessen nicht alle denkbaren Varianten von Rabattkartellen behandelt werden; eine Reduzierung der Untersuchung auf Grundtypen erscheint geboten. Demgemäß sollen sich die Ausführungen beschränken auf einfache Mengenrabattkartelle, kumulative Mengenrabattkartelle (sogenannte Gesamtumsatzrabattkartelle) und Funktionsrabattkartelle. Diese drei Arten unterscheiden sich im wesentlichen in der Bezugsgrundlage. Die beiden erstgenannten Arten sind Kartellierungen von mengenbezogenen Rabatten, bei der dritten Art hingegen handelt es sich um die Kartellierung eines abnehmerbezogenen Rabattes.

Insbesondere Gesamtumsatzrabattkartelle und Funktionsrabattkartelle haben sofort nach Verabschiedung des GWB im Mittelpunkt heftiger wirtschaftlicher und rechtlicher Diskussionen gestanden, wobei im wesentlichen streitig war, ob diese Arten von Rabattkartellen noch durch die Ausnahmevorschrift des § 3 gedeckt sind. Diese Fragen sind heute entschieden; sowohl Kartellbehörden als auch Rechtsprechung gehen davon aus, daß Gesamtumsatzrabattkartelle wie auch Funktionsrabattkartelle nicht schlechthin unzulässig sind. Gleichwohl scheinen in diesem Zusammenhang noch einige Fragen diskussionsbedürftig geblieben zu sein; auf sie wird im folgenden besonders hinzuweisen sein.

§ 8 Einfache Mengenrabattkartelle und ihre spezielle Problematik

I. Das „echte Leistungsentgelt" in einfachen Mengenrabattkartellen

Erste Voraussetzung für die Zulässigkeit von Rabattkartellierungen im Rahmen des § 3 ist, daß die kartellierten Rabatte ein „echtes Leistungsentgelt" darstellen. Es wurde im Rahmen der allgemeinen Ausführungen bereits festgestellt, welcher Zusammenhang zwischen „Leistung" und „Leistungsentgelt" im Sinne des § 3 besteht: Leistungserbringer ist der Abnehmer, der für sein Tun den Rabatt (= Leistungsentgelt) erhält; die Höhe (= der Geldwert) der Leistung kann indessen ausschließlich bei und von demjenigen bemessen werden, f ü r den sie erbracht wird. Der Rabattgeber bemißt also die Leistung des Rabattnehmers danach, was sie ihm, dem Rabattgeber, wert ist. Als einzig praktikabeler Maßstab für den „Wert" der Leistung wurde die Kostenersparnis ermittelt, die die Leistung dem Rabattgeber verursacht. Es ist daher im folgenden zu prüfen, ob und inwiefern Rabatte, die auf der Grundlage der abgenommenen Warenmengen gewährt werden, Entgelte für die durch eben diese Warenmengen entstehenden Kostenersparnisse sind.

Auszugehen ist von der Voraussetzung, daß der Preis, den der Verkäufer für die Lieferung e i n e r Einheit des von ihm angebotenen Gutes erhält, mindestens so hoch ist, daß die durch die Herstellung und Lieferung dieser Einheit entstehenden Kosten gedeckt werden. Untersuchungsobjekt aller folgenden Erörterungen sind also — von der Kostenseite gesehen — Betriebe, deren Kostenniveau nicht über dem Marktpreis liegt. Betriebe, deren Kostenniveau ü b e r dem Marktpreis liegt, können ihre Existenz langfristig nur aufrecht erhalten, wenn die negative Differenz zwischen Kosten und Preisen von dritter Seite ausgeglichen wird. Ein solcher Ausgleich von dritter Seite kommt nicht selten vor; dabei handelt es sich in der Regel um staatliche Subventionen, die aus sozialpolitischen, gesellschaftspolitischen und ähnlichen, im allgemeinen also außerökonomischen, Erwägungen gegeben werden. Derartige subventionierte Betriebe unterliegen jedoch gewissen Eigengesetzlichkeiten, so daß sie ökonomisch-rationalen Erörterungen hinsichtlich ihrer Kosten- und Preisgestaltung sowie ihres Marktverhaltens nicht mehr zugänglich sind. Sie bleiben daher auch aus der folgenden Diskussion ausgeschlossen.

Deckt also der Preis, den der Verkäufer für die Lieferung e i n e r Einheit fordert, die Kosten[193]), die durch diese Einheit verursacht

[193]) Die Reduzierung der Betrachtung auf die Kosten ist eine gewisse Vereinfachung. An sich wären außer den Kosten auch die Konkurrenz- und Nachfragekonstellationen in die Rechnung einzubeziehen. (So auch Gerhardt, W., Rabattwettbewerb und Rabattordnung in einer Wirt-

werden, so entsteht bei gleichbleibendem Preis immer dann eine positive Differenz, wenn in einer Lieferung eben nicht nur eine Einheit, sondern zwei, drei und mehr Einheiten abgenommen werden. Der Grund hierfür liegt darin, daß ein Teil der auftragsbedingten Vertriebs-Kosten fest ist, so daß auf die einzelne Wareneinheit umso weniger Kosten entfallen, je größer die Lieferung ist; hinzu kommt, daß die Produktions-Kosten bei Herstellung größerer Mengen pro hergestellter Einheit sinken. Aus beiden Erscheinungen zusammen ergibt sich eine Kostendegression bei wachsender Auftragsgröße, das heißt eine Kostenersparnis. Das ist die betriebswirtschaftliche Grundlage des Mengenrabattes.

Dieser Mengenrabatt stellte immer dann ein „echtes Leistungsentgelt" im Sinne von § 3 Abs. 1 dar, wenn sämtliche aus der Mehrabnahme resultierenden Kosteneinsparungen an den Abnehmer weiterflössen. In diesem Falle herrschte zwischen Rabatt und „Leistung" zweifellos eine vollkommene Äquivalenzbeziehung. Demgegenüber bestehen indessen gewisse Schwierigkeiten. Kosten im betriebswirtschaftlichen Sinne setzen sich aus Einzel- und Gemeinkosten zusammen. Während die Einzelkosten pro verkaufter Einheit noch einigermaßen exakt berechenbar sind, trifft dieses auf die Gemeinkosten kaum noch zu. Bei den Gemeinkosten arbeitet die Betriebswirtschaftslehre in der Regel mit pauschalierten Zuschlagssätzen, denen Erfahrungswerte zu Grunde liegen.

Diese Zuschläge resultieren daher in ihrer Höhe regelmäßig aus Vergangenheitswerten, so daß sie für die jeweils gegenwärtige Periode notwendigerweise Schätzwerte bleiben müssen, die der tatsächlichen Kostenhöhe möglicherweise mehr oder minder nahekommen, sich aber höchstens zufällig einmal mit ihr decken.

Sind aber die effektiven Kosten eines Auftrages bereits nicht exakt berechenbar, so sind es ebenso wenig die aus einer Mehrabnahme resultierenden Kosteneinsparungen. Ein Rabatt, der die über die Mindestmenge liegende Mehrmenge als „Leistung" honorieren wollte, könnte also nur zufällig gerade die Höhe der durch die Mehrmenge verursachten Kosteneinsparung aufweisen.

Dieses alles bezieht sich, worauf hinzuweisen an dieser Stelle erforderlich scheint, noch immer auf individuelle Rabattgeber-Rabattnehmer-Beziehungen. Die Schwierigkeiten potenzieren sich somit, wenn dem Abnehmer nicht ein individueller Partner, sondern ein Kartell gegenübersteht, denn die Unmöglichkeit exakter Kostenersparniszurechnungen gilt nun nicht mehr nur für einen einzelnen Anbieter, sondern trifft auf jedes Kartellmitglied zu.

Es scheint daher zunächst ausgeschlossen, daß ein Rabatt — individuell oder kartellarisch gewährt — überhaupt jemals ein echtes

---

schaftsordnung funktionsfähiger Konkurrenz, Diss. Köln 1960, S. 254). Hier geht es jedoch nur um das Grundsätzliche; die Konkurrenz- und Nachfrageverhältnisse können daher bei dieser Frage außer Ansatz bleiben.

Leistungsentgelt im Sinne eines tatsächlichen Äquivalents für eine Kostenersparnis sein könnte, denn bei kartellarischer Festlegung von Rabatten müßten die Kartellmitglieder sich auf eine gemeinsame Rabattstaffel festlegen, die schon aus der Tatsache dieser Einheitlichkeit nicht die unterschiedlichen Kostenersparnisse reflektieren kann, die ein Großmengenbezug bei den verschiedenen Kartellmitgliedern verursacht.

Aus alledem folgt, daß die Zulässigkeitsvoraussetzung des § 3 Abs. 1, Rabatte hätten ein echtes Leistungsentgelt zu sein, sicherlich nicht so zu verstehen sein kann, daß der kartellarischen Festsetzung einer Mengenrabattskala jeweils nur wägbare Vorteile oder exakt bezifferbare Kostenersparnisse zugrunde liegen müßten. Verstünde man es so, würde es bei jedem Mengenrabattkartell schon an der ersten Voraussetzung fehlen, so daß in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle auch Mengenrabattkartellierungen von vornherein unzulässig wären. Nichts spricht dafür, daß der Gesetzgeber dieses gewollt hätte[194]).

Es ist daher zu prüfen, wie das Erfordernis des „echten Leistungsentgelts" vernünftigerweise auszulegen ist, ohne Sinn und Zweck der Ausnahmevorschrift zu verfälschen. Festzuhalten ist daran, daß von „Leistung" im Sinne von § 3 Abs. 1 erst dann gesprochen werden kann, wenn die Abnahmemenge größer ist als die Mindestmenge, die der Anbieter zu einem bestimmten Preis überhaupt zu liefern bereit ist[195]). Ein „Mehr" hinsichtlich der Abnahmemenge ist mithin unerläßlich. Dabei kann indessen nicht generell gesagt werden, welche Mehrmenge bereits eine Leistung im Sinne des § 3 Abs. 1 darstellt, insbesondere kann hierüber keine allgemeingültige zahlenmäßige Feststellung getroffen werden. Es kommt ganz auf die Art des Gutes, besonders aber die Art und Weise seiner Herstellung, an. Bei einem Gut, das ohnehin schon in Großserie hergestellt und abgesetzt wird und entsprechend kalkuliert ist, wird eine Großmengenabnahme relativ geringere Kostenersparnisse verursachen, als bei Gütern, die in Einzelfertigung hergestellt werden. Werden dagegen von einem Großobjekt einer bestimmten Bauart nicht nur zwei oder drei Stück produziert und abgenommen, sondern eine ganze Serie, so entfallen auf das einzelne Produkt umso weniger Forschungs-, Entwicklungs- und Versuchskosten, je mehr Objekte nach den einheitlichen Bauplänen entstehen; in d i e s e m Falle kann die Kostenersparnis durch

---

[194]) Mengenrabattkartellierungen werden durchweg, mit lediglich z. T. abweichenden Begründungen, als mit § 3 vereinbar angesehen; so Rinck, Rdnr. 959, Sölter, Gem.Komm. I, § 3 Rdnr. 22; Müller/Gries, § 3, Rdnr. 8 ff.; Mayer-Wegelin, § 3, Anm. 2b; Baumbach-Hefermehl, § 3 Rdnr. 13.

[195]) Ist die tatsächlich abgenommene Menge k l e i n e r als diese Mindestmenge, sind demgemäß „negative Rabatte" in Form von Mindermengenzuschlägen nur die logische Umkehrung des Gesagten. Mindermengenzuschläge sind besonders üblich in der Textilindustrie als sogenannte „Couponzuschläge". So auch Dörinkel, GRUR 1960, S. 7 ff. (8).

eine Großmengenabnahme erheblich sein. Es kommt also auf den Einzelfall an.

Wenn nun auch — wie festgestellt — Mengenrabatte zwar niemals exakt nach den Kostenersparnissen bemessen werden können, so müssen sie gleichwohl die Gegenleistung gegenüber einer konkret zu honorierenden Abnahmeleistung darstellen; die kartellarische Festlegung der Mengenrabatte darf mithin niemals völlig losgelöst von der Kostenbeeinflussung durch die größere Menge erfolgen. Die Rabattstaffel muß daher — soweit es die rechnerische Erfaßbarkeit der Kosten zuläßt — mindestens tendenziell die Kostenersparnis durch die größere Menge reflektieren. Das scheint zunächst sehr unbestimmt, enthält aber doch eine weitgehende Konkretisierung und Begrenzung des Kreises von Mengenrabattkartellen, die im Rahmen des § 3 Rechtswirksamkeit erlangen können: Da die Rabattstaffel für alle Kartellmitglieder einheitliche Rabatte festlegen muß, diese aber ihrerseits den Kostenersparnissen durch die Großabnahme wenigstens innerhalb der Meßbarkeitsgrenzen entsprechen müssen, dürfen sich nur Unternehmen zu einer Mengenrabattkartellierung zusammenschließen, die in ihrer Kostenstruktur einander gleich oder zumindest ähnlich sind.

Die Kostenstruktur eines Unternehmens wird von mannigfaltigen Faktoren beeinflußt, auf die im einzelnen hier nicht eingegangen zu werden braucht. Man wird in der Regel davon ausgehen dürfen, daß die Kostenstrukturen von Unternehmen dann einander ähnlich sind, wenn die Unternehmen in etwa der gleichen Größenklasse angehören. Das Kriterium der Größenklassen ist ein durchaus brauchbarer Maßstab, der auch außenstehenden Dritten noch zugänglich ist. Auf derartige auch Dritten noch zugängliche Kriterien kann schon unter dem Gesichtspunkt der Nachprüfbarkeit, insbesondere im Hinblick auf die kartellbehördliche Beurteilung einer Rabattabsprache, nicht verzichtet werden.

Schließen sich Unternehmen gleicher Größenklasse zu einem Mengenrabattkartell zusammen, so ist die Vermutung, daß dann die einheitliche Mengenrabattstaffel, auf die sie sich zu einigen haben, den tatsächlichen Kostenersparnissen aller Kartellmitglieder nahekommt, noch am ehesten begründet. Diese Aussage gilt auch ungeachtet der erwähnten Tatsache, daß eine exakte Ermittlung der Kostenersparnis nicht durchführbar ist und daß den Rabattgebern demzufolge möglicherweise eine begrenzte Bewertungsfreiheit zuzugestehen ist. Die Bewertungsfreiheit der Kartellmitglieder wird aber nicht so weit gehen können, daß sie sich von der realen Kostenbeeinflussung durch die Großmengenabnahme völlig löst. Dem wird man auch nicht entgegenhalten können, die Tatsache, daß die Rabattabsprache erfolgt sei, beweise, daß die beteiligten Unternehmen die Kosteneinsparung eben einheitlich so einschätzten, wie das im Verlauf der Rabattstaffel zum Ausdruck gekommen sei. Ein solcher Einwand würde übersehen, daß den Kartellmitgliedern nicht

nur die Großlieferung etwas „wert" sein kann, sondern ebenso die Ausschaltung des Wettbewerbs untereinander. Der „Wert", den die Kartellmitglieder der Ausschaltung des Wettbewerbs beimessen, weist aber keine irgendwie geartete Leistungsbeziehung auf; es ist daher auch unzulässig, ihn im Rahmen von § 3 zum Gegenstand einer Kartellabsprache zu machen.

Man würde mithin der Ausnahmevorschrift des § 3 nicht gerecht werden, wenn man nur auf die Bewertungsfreiheit der Kartellmitglieder abstellte; billigte man den Kartellmitgliedern absolute Bewertungsfreiheit zu, bliebe von der gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzung des echten Leistungsentgelts kaum noch etwas übrig; die vom Gesetzgeber ersichtlich als einschränkungsbedürftigt verstandene Autonomie der Kartellwilligen wäre dann kaum noch eingegrenzt. Auch hieraus rechtfertigt sich die Suche nach objektiven Maßstäben.

Zu diesen objektiven Maßstäben gehört nicht nur die Betriebsgröße; die Kostenbeeinflussung durch eine Großmengenabnahme hängt auch ab vom Ausnutzungsgrad der Kapazität in den einzelnen Betrieben. Schlössen sich Anbieter zu einem Mengenrabattkartell zusammen, deren Kapazitätsausnutzungsgrad sehr unterschiedlich ist, so könnte deren Rabattstaffel schon aus sich heraus nicht dem Erfordernis des echten Leistungsentgelts genügen und zwar aus folgenden Gründen: In der Regel ist in Industriebetrieben ein Verlauf der Kosten anzunehmen, nach dem diese mit wachsender Kapazitätsausnutzung bis zu einem bestimmten Punkt ständig sinken, von dort bis zur Kapazitätsgrenze jedoch wieder ansteigen. Der vollständigen betriebswirtschaftlichen Begründung dieses Sachverhalts kann hier im einzelnen nicht nachgegangen werden. Nur auf die Hauptursache sei hingewiesen: Die festen Kosten, die anfallen unabhängig davon, ob der Betrieb stark oder schwach beschäftigt ist, verteilen sich bei steigender Produktion auf immer mehr Einheiten, werden also pro Produkt geringer. Von einem gewissen Punkt in der Nähe der Kapazitätsgrenze an wird diese Kostenminderung jedoch überlagert durch neu auftretende zusätzliche Kosten wie Überstundenzuschläge, erhöhten Maschinenverschleiß infolge Überbeanspruchung usw. Der Punkt, bis zu dem die Kosten pro hergestellter Einheit sinken, aber noch nicht wieder steigen, wird als Betriebsoptimum bezeichnet. Diejenigen Betriebe nun, die sich noch v o r dem Betriebsoptimum befinden, werden jede Großabnahme wegen der damit für sie verbundenen Kostenminderung mit einem Rabatt zu entgelten bereit sein; n u r in diesen Fällen kann bei den Rabatten überhaupt von einem Leistungsentgelt die Rede sein. Würden andere Betriebe, die den optimalen Ausbringungsgrad bereits überschritten haben, die gleiche Großlieferung ausführen, so würde d e r e n Kostenbild dadurch nicht mehr positiv, sondern — entsprechend dem oben Gesagten —

bereits negativ beeinflußt[196]). Gleichwohl hätten auch diese Betriebe bei kartellarischer Festlegung der Mengenrabatte die Großlieferung mit denselben Rabatten zu honorieren wie jene, denen eine Großlieferung gleichen Umfanges tatsächlich noch Kostenersparnisse verursacht.

Dem wird man nicht entgegenhalten können, daß kein Unternehmen gezwungen sei, einem Rabattkartell beizutreten, wenn die Rabattstaffel seinen individuellen Kostenverhältnissen nicht entspreche. Ein solcher Einwand würde den Zusammenhang von Leistung, Kostenbeeinflussung und Rabatt verkennen, denn Mengenrabatte sind jedenfalls dann kein Leistungsentgelt mehr, wenn ihnen im Kostenverlauf keine entsprechende Beeinflussung zugrunde liegt. Rabatte, die auf eine Großlieferung gewährt werden, obwohl diese Großlieferung schon keine Minderung, sondern eine Erhöhung der Stückkosten bewirkt, sind kein Leistungsentgelt. Ihre kartellarische Festlegung wäre vielmehr wiederum nur Ausdruck des „Wertes", den die Kartellmitglieder dem Ausschluß des Wettbewerbs beimessen. Derartige Absprachen, die teilweise oder ganz auf den Wettbewerbsausschluß als Selbstzweck gerichtet sind, sind durch § 3 nicht freigestellt.

Aus alledem wird man folgendes herleiten müssen: Eine absolut genaue rechnerische Erfassung der Kostenbeeinflussung infolge von Großmengenlieferungen ist betriebswirtschaftlich nicht durchführbar. Tendenzielle Beeinflussungen können aber nachgewiesen werden. Nur hierauf darf sich eine Mengenrabattabsprache erstrecken. Da die Rabattgewährung einheitlich erfolgen muß, muß auch die tendenzielle Kostenbeeinflussung bei den Kartellmitgliedern in etwa die gleiche sein. Das kann sie nur, wenn die Kartellunternehmen etwa von gleicher Größe und gleichem Kapazitätsausnutzungsgrad sind. Sonstige Zwecke außerhalb der unmittelbaren Leistungsbeziehungen, die mit Mengenrabattkartellen möglicherweise auch noch verfolgt werden könnten, wie Ausschluß des Wettbewerbs überhaupt, dürfen mit den Absprachen nicht verbunden sein.

II. Das Problem der Nichtdiskriminierung in einfachen Mengenrabattkartellen

Auch Mengenrabattkartelle müssen Diskriminierungen vermeiden; sie dürfen gleiche Leistungen nicht ungleich honorieren. Die „Leistung" ist — wie festgestellt — im Falle des Mengenrabattkartells ein rein quantitativer Begriff; nur auf die Waren-Menge ist abzustellen. Nimmt also ein Einzelhändler die gleiche Menge ab wie ein Großhändler, so ist in beiden Fällen der gleiche Rabattsatz zu gewähren[197]). Für eine wie auch immer geartete Unterscheidung nach der Wirtschaftsstufe, der der Abnehmer angehört, ist dann kein

[196]) Der gleiche Grundgedanke scheint neuerdings anzuklingen bei Dürrhammer, DB 1963, S. 37 ff.
[197]) Gl. A. Baumbach-Hefermehl, § 3 Rdnr. 12.

Raum. Ebensowenig darf bei rein mengenbezogener Rabattgewährung der der Bezugsmenge entsprechende Rabatt nur deshalb verweigert werden, weil der Abnehmer eine Einkaufsvereinigung ist, die eigens zur Konzentration des Einkaufs und damit zur Erlangung höherer Rabattstufen gegründet wurde[198]).

Jede abgenommene Mehrmenge ist somit mit einer leistungsadäquaten Rabatthöhe zu korrelieren, und zwar unabhängig davon, w e r die Mehrmenge abnimmt. Aus praktischen Gründen wird es zwar in der Regel kaum möglich sein, jede kleinste Mengendifferenz auch in einer entsprechenden Rabattdifferenz zum Ausdruck zu bringen, obwohl dieses aus Äquivalenzerwägungen an sich wünschenswert wäre. Eine Zusammenfassung zu Mengen- und Rabattklassen wird so lange unbedenklich sein, wie die Einzelgruppen nicht übermäßig groß sind, die „Sprünge" von Rabattstufe zu Rabattstufe sich mithin noch nicht völlig vom tendenziellen Verlauf der mengenbedingten Kostenersparnis entfernen.

Dem Erfordernis der Nichtdiskriminierung wird jedoch nicht mehr genügt, wenn die Rabattgewährung überhaupt erst in einer Höhe einsetzt, die nur noch von einem geringen Bruchteil der Abnehmer jemals erreicht werden kann. Das wäre eine einseitige Bevorzugung von Größtabnehmern, die durch sachliche Gründe nicht gerechtfertigt ist und die zu Lasten der Masse der weniger großen Abnehmer erfolgt, denen die entsprechenden Leistungsentgelte vorenthalten werden.

Aus alledem ergibt sich, daß bei einer einfachen Mengenrabattabsprache dem Problem der Nichtdiskriminierung im wesentlichen nur noch Bedeutung hinsichtlich der Feinheit der Rabattskalierung zukommt. Sind die Rabatte an der Mengenleistung der Rabattnehmer orientiert und entgelten sie diese Leistung ohne sachlich ungerechtfertigte Zu- oder Abschläge in — soweit berechenbar — äquivalenter Höhe, so sind sie per se nichtdiskriminierend.

III. Zur Frage schädlicher Wirkungen von einfachen Mengenrabattkartellen

Zu prüfen bleibt, ob und wann Mengenrabattkartelle möglicherweise schädliche Wirkungen haben. Eine spezielle Gefahr dieser Art könnte sich hinsichtlich der Aufnahme der gewerblichen Tätigkeit ergeben (§ 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2). Dadurch, daß steigende Mehrabnahmen in einem Mengenrabattkartell auch mit steigenden Rabattsätzen entgolten werden, wird jeder Abnehmer versuchen, in höhere Rabattstufen aufzurücken. Das aber wird ihm nur dadurch möglich sein, daß er seine gesamten Bezüge bei einem Lieferanten oder jedenfalls bei wenigen konzentriert. Dabei wird er sich aus verständlichen

---

[198]) OLG Düsseldorf, Urteil v. 1. 8. 1958 — „Mühlenkartell" — WuW/E/OLG 230 ff. (232).

Gründen diejenigen Lieferanten auswählen, die auf Grund ihrer großen Lieferkapazität auch in der Lage sind, jeden möglicherweise auftretenden Bedarf zu befriedigen. Der ohnehin schon große Lieferant lenkt damit weitere Nachfrage auf sich. Im selben Maße aber, wie sich die Konzentration auf einige wenige Anbieter vollzieht, geht ceteris paribus notwendigerweise die Nachfrage bei kleineren Anbietern zurück. Die weitere Folge ist, daß neue Anbieter, die die gewerbliche Tätigkeit erst aufzunehmen gedenken, neben den wenigen bereits etablierten Anbietern nur geringe wirtschaftliche Chancen haben, denn kein Abnehmer wird bereit sein, die einmal bei einem Lieferanten erreichte hohe Rabattstufe zu Gunsten eines Bezuges bei einem Neuanbieter aufzugeben.

Dem wird man nicht entgegenhalten können, daß der „Neue" ja durch bessere Qualität oder niedrigere Preise mit dem Rabattkartell konkurrieren könne. Auf diesen Wettbewerbsbereichen steht er ohnehin mit allen übrigen Wettbewerbern seiner Branche in Konkurrenz. Sich gegen diesen „natürlichen" Marktwiderstand durchzusetzen, ist Teil des unternehmerischen Risikos, das jeder Neueintritt in einen Markt birgt. Als zusätzliches Hindernis kommt aber der Mengenvorsprung der in einem Rabattkartell zusammengeschlossenen Anbieter hinzu, die sich mit Hilfe dieses Kartells möglicherweise sogar einen fast geschlossenen Markt sichern können. Bei strenger Auslegung wäre daher nahezu jedem Mengenrabattkartell aus den Gründen des § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 zu widersprechen, denn es ist kaum ein Fall denkbar, in dem sich eine Mengenrabattkartellierung wenn schon nicht erleichternd, so doch wenigstens indifferent gegenüber der Neuaufnahme der gewerblichen Tätigkeit auswirkte. Es ist indessen nicht ersichtlich, daß ein solches Ergebnis vom Gesetzgeber gewollt wäre, vielmehr wird man annehmen müssen, daß § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 lediglich unscharf formuliert ist. Gemeint kann nur sein, daß die Kartellbehörde einem Mengenrabattkartell dann zu widersprechen hat, wenn es die Aufnahme der gewerblichen Tätigkeit nicht nur erschwert, sondern völlig oder nahezu unmöglich macht. Das könnte wiederum der Fall sein, wenn die Rabattstaffel erst bei einer übermäßig hohen Abnahmemenge eine dann sehr starke Rabattgewährung vorsieht, so daß die kartellierten Anbieter den wesentlichen Teil der Nachfrage schon durch die Rabatte an sich binden können, mit der Folge, daß neueintretende Anbieter keine Aussicht haben, Nachfrage von dem Rabattkartell abzuziehen.

IV. Umsatzrabatte als Sonderfall der Mengenrabatte

Bezugsgrundlage einer mengenabhängigen Rabattgewährung ist in der Regel, wie dargestellt, die Menge der einzelnen abgenommenen Güter. Es kann aber Fälle geben, in denen aus wirtschaftlichen Gründen die Warenmenge allein keine geeignete Bezugsgrundlage für die Rabattgewährung darstellt, weil die einzelnen Artikel zu

vielfältig sind, in sehr unterschiedlichen Größen, Abmessungen oder Qualitäten angeboten und geliefert werden, so daß eine Rabattgewährung nach Maßgabe der Einzelmengen kaum noch infrage kommt. In solchen Fällen greift die Wirtschaftspraxis häufig nicht auf die Mengen der Güter zurück, sondern auf deren Geldwert und legt diesen der Rabattgewährung zu Grunde. Der Geldwert ist der gemeinsame Nenner, auf den sich alle im übrigen noch so unterschiedlichen Güter zurückführen lassen und auf dessen Basis sie auch addierbar sind.

Einer derartigen umsatzbezogenen Rabattgewährung liegen im wesentlichen nur die Kostenbeeinflussungen im Vertriebssektor zu Grunde; dessen Kosten sind — wie in anderem Zusammenhang bereits dargelegt — überwiegend auftragsfix. Ist der Auftragswert hoch, entfällt auf die einzelne Umsatzwerteinheit ein geringerer Kostenanteil als bei niedrigerem Auftragswert. Insoweit gilt auch — mutatis mutandis — das für mengenbezogene Rabatte Gesagte.

Fraglich ist lediglich, ob und gegebenenfalls wie bei wertbezogener Umsatzrabattgewährung nicht nur die Kostenbeeinflussung im Vertriebsbereich, sondern auch die der Produktion und der anderen betrieblichen Bereiche dem Abnehmer gegenüber berücksichtigt werden kann. Dieses könnte aus den erwähnten Gründen nur am Ende der Rabattberechnungsperiode geschehen, wenn der Gesamtwert der Bezüge des einzelnen Abnehmers feststeht. Auf diesen Gesamtwert könnte dann ein zusätzlicher Rabatt (auch Umsatzprämie, Umsatzvergütung, Umsatzbonus genannt) gewährt werden. Erfolgte diese Umsatzvergütung in einer Summe am Ende des Bezugsjahres, wäre das kartellrechtlich sicherlich unbedenklich. Zweifelhaft könnte indessen sein, ob auch Kartellabsprachen über einen sukzessiven Abzug der Umsatzvergütungen an den Rechnungen über spätere Lieferungen zulässig sind. Man könnte der Ansicht sein, daß dann zwischen den Abzügen und den sie verursachenden Abnahmen keine Leistungsbeziehungen mehr bestünden, die Rabatte mithin auch kein Leistungsentgelt mehr seien[199]). Eine solche Auffassung würde jedoch verkennen, daß Rabatte kaum jemals exakt entsprechend der Kostenersparnis des Rabattgebers festgelegt werden können, denn wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt, werden mit dem Rabatt nicht nur eingesparte direkte, sondern auch indirekte (Gemein-) Kosten abgegolten. Da deren Berechnung für den einzelnen Auftrag nicht möglich ist, wird als Berechnungsperiode zwangsläufig stets ein zurückliegender Zeitraum zu Grunde zu legen sein.

Das Auseinanderfallen von Berechnungs- und Abzugsperiode braucht daher für sich allein das Vorliegen eines echten Leistungs-

---

[199]) So BKartA, Beschl. v. 1. 8. 1958 — „Temperguß-Fittings" — WuW/E/-BKartA S. 8 ff. (9).

entgelts keineswegs auszuschließen[200]). Liegen die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen vor, bestehen gegen Kartellabsprachen über die Gewährung von Umsatzrabatten somit selbst dann keine Bedenken, wenn die Rabatte nicht in einer Summe, sondern in Teilbeträgen von späteren Rechnungen abgesetzt werden.

V. Treuerabattkartelle

Die sogenannten Treuerabatte sind in gewisser Weise mit den Umsatz- und Mengenrabatten verwandt. Die Rabattgewährung wird jedoch nicht allein von der Warenmenge abhängig gemacht, sondern außerdem davon, daß die der Rabattgewährung unterliegenden Waren während der Berechnungsperiode ausschließlich oder zu einem vereinbarten (hohen) Teil vom Rabattgeber bezogen wurden[201]). Ist diese Bedingung nicht erfüllt, entfällt die Rabattgewährung, ohne Rücksicht darauf, ob der Käufer im Hinblick auf die Umsatzsumme bereits einen Rabattanspruch erworben hat oder nicht.

Treuerabatte können sowohl in Form von Treuelohn- als auch in Form von Treuepflichtrabatten gewährt werden. Der Unterschied besteht darin, daß im ersten Fall der Abnehmer sich freiwillig und tatsächlich in seinem Bezug nur auf einen oder wenige Lieferanten beschränkt, während im anderen Falle auch eine rechtlich bindende Verpflichtung hierzu besteht[202]). Man wird den Treuepflichtrabatt auch als Gegenleistung zu einer Ausschließlichkeitsbindung anzusehen haben[203]).

Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise macht es allerdings kaum einen Unterschied, ob es sich um einen Treuelohn- oder Treuepflichtrabatt handelt. In beiden Fällen entstehen dem Rabattnehmer bei einer „Untreue" wirtschaftliche Nachteile, die es ihm wenig ratsam erscheinen lassen werden, aus dem ausschließlichen Verkehr auszubrechen[204]). Treuerabatte sind mithin reine Wettbewerbsrabatte im Sinne der eingangs gegebenen Klassifizierung[205]). Sie können zwar vielfach im Kleide von Umsatz- oder Mengenrabatten auftreten, ihre Gewährung unterliegt aber weitergehenden Voraussetzungen als jene.

Treuerabatte sind ausschließlich oder vorwiegend ein Lohn für den Verzicht des Kunden, die gleiche Ware auch bei anderen Anbietern zu kaufen[206]). Dieser Verzicht aber ist keine wirtschaftliche „Lei-

---

[200]) So auch KG, Beschl. v. 15. 12. 1959 — „Tapeten" — WuW/E/OLG 317 ff. (318); a. A. v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3, Rdnr. 69.
[201]) Übereinstimmend v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II § 3, Rdnr. 19.
[202]) Diese Unterscheidung auch bei Baumbach-Hefermehl, § 3, Rdnr. 4.
[203]) Gl. A. Baumbach-Hefermehl, a.a.O.; Langen § 3, Anm. III, 1b.
[204]) Der gleiche Grundgedanke auch bei Rittner, Die Ausschließlichkeitsbindungen, 1957, S. 37.
[205]) § 2, insbes. § 2, II, 2.
[206]) So auch Mayer-Wegelin, § 3, Anm. 1c.

stung“ im Sinne von § 3 Abs. 1. Somit ist auch der Treuerabatt kein „Leistungsentgelt“. Treuerabatte sind stets ein Kampfmittel des Nichtleistungswettbewerbs[207]). Ihre Kartellierung ist durch § 3 daher mangels Leistungsbezogenheit in keinem Falle freigestellt.

Zusammenfassung

1. Mengenrabatte sind als Leistungsentgelte anzusehen, wenn sie — soweit berechenbar — die Kostenbeeinflussung durch die Großmengenabnahme reflektieren. Das können die Rabatte in der Regel nur, wenn im Kartell Unternehmen von annähernd gleicher Größe und annähernd gleichem Kapazitätsausnutzungsgrad zusammengeschlossen sind.
2. Auch die Staffelung der Rabatte darf sich nicht völlig von der Kostenbeeinflussung lösen. Die einzelnen Intervalle der Staffel dürfen nicht zu umfangreich, die „Sprünge“ von Stufe zu Stufe nicht zu groß sein.
3. Mengenrabattierungen, deren Berechnungsgrundlage nicht die Menge der einzelnen Ware, sondern deren addierter Umsatzwert ist, sind hinsichtlich der Zulässigkeit ihrer Kartellierung wie Mengenrabatte zu beurteilen, und zwar selbst dann, wenn auf den Umsatzwert erst ein nachträglicher Umsatzrabatt gewährt wird, wobei es unerheblich ist, ob der Rabatt als Gesamtbetrag am Ende der Berechnungsperiode vergütet wird oder in Teilbeträgen an späteren Rechnungen abgesetzt wird.
4. Treuerabatte, also Rabatte, die nur äußerlich Mengen- oder Umsatzrabatten gleichen, deren Gewährung aber zusätzlich von einem bestimmten Verhalten des Abnehmers abhängig gemacht wird, sind Mittel des Nichtleistungswettbewerbs. Absprachen über derartige Rabatte sind mangels Leistungsbezogenheit unzulässig.

§ 9 Zur Problematik von Gesamtumsatzrabattkartellen

I. Vorbemerkung

Wie bereits im einleitenden Teil[208]) dargestellt, ist der Gesamtumsatzrabatt eine Fortentwicklung des reinen Mengen- und Umsatzrabattes. Er wird gewährt auf alle Käufe, die der Rabattnehmer innerhalb der Berechnungsperiode mit a l l e n Anbietern des Berechnungssystems getätigt hat und zwar unabhängig von Umfang und Zahl der Einzellieferungen. Erfolgt die Rabattgewährung innerhalb

[207]) Rasch, § 3, Anm. 5b.
[208]) § 2, II, 1.

der Lieferantengruppe aufgrund einer einheitlich vereinbarten Rabattstaffel, liegt tatbestandsmäßig ein Gesamtumsatzrabatt k a r t e l l vor.

Berechnungstechnische Voraussetzung für das Funktionieren eines solchen Gesamtumsatzrabattkartells ist ein sogenanntes Gesamtumsatz-Meldeverfahren, durch das die Umsätze der Rabattnehmer mit allen Lieferanten (den Kartellmitgliedern) für die Berechnungsperiode erfaßt werden. Als Träger des Gesamtumsatzmeldeverfahrens kann das geschäftsführende Organ des Kartells, der Wirtschaftsverband der Kartellmitglieder oder auch ein völlig unabhängiger Treuhänder infrage kommen. Eine Kontrolle der Gesamtumsatzwerte kann darüberhinaus seitens der einzelnen Rabattnehmer erfolgen[209]).

Es ist nunmehr zu prüfen, wie derartige Gesamtumsatzrabattkartelle im Rahmen des § 3 GWB zu beurteilen sind.

II. Zur Frage des Leistungsentgelts in Gesamtumsatzrabattkartellen

Hier beginnt bereits die spezielle Problematik dieser Kartellart. Dadurch, daß der einzelne Rabattgeber nicht mehr den Umsatz seines Vertragspartners mit ihm, sondern kollektiv den mit a l l e n Kartellmitgliedern z u s a m m e n seiner Rabattgewährung zugrundezulegen hat, besteht kein direkter Zusammenhang mehr zwischen dem Wert des Einzelauftrages und dem darauf zu gewährenden Rabatt. Wenn aber zwischen dem Auftragswert und dem Rabatt kein unmittelbarer Zusammenhang mehr besteht, besteht dieser Zusammenhang auch nicht zwischen Leistung und „Leistungsentgelt" im Sinne des § 3 Abs. 1. Die Prüfung der Frage, ob ein Rabatt ein Entgelt für eine einzelne Abnahme-„Leistung" ist, insbesondere, ob dieser Rabatt in seiner Höhe in einem wie auch immer gearteten Zusammenhang mit der Kostenbeeinflussung steht, erübrigt sich, da in einem Gesamtumsatzrabattkartell ex definitione zwischen dem einzelnen Auftrag und der kartellarischen Berechnung des Rabatts keine Beziehung besteht. Vielmehr hat das Kartellmitglied einen Rabatt auf einen Gesamtumsatz des Kartells zu gewähren, der für den e i n z e l n e n Lieferanten lediglich eine fiktive und keine tatsächliche Leistung darstellt[210]).

Es scheint demnach so, als müsse man schon daraus die Folgerung ziehen, daß eine kartellarische Festlegung von Rabatten auf Basis von Gesamtumsätzen mangels Leistungsbezogenheit der einzelnen Rabatte unzulässig ist. Nach anfänglichem Zögern schien sich auch das Bundeskartellamt diese Auffassung zu eigen machen zu wollen[211]).

---

[209]) Einzelheiten bei Sölter, Das Gesamtumsatzrabattkartell, 1958, S. 8.

[210]) Christl, BB 1958, S. 993 ff. (998).

[211]) BKartA, Beschl. v. 4. 8. 1958 — „Tapeten" — WuW/E/BKartA 11 ff. (13).

Später ist es jedoch wieder davon abgekommen und hat seine Ansicht dahingehend modifiziert, daß sich ein Unternehmen auch dann noch im Rahmen seiner ihm durch § 3 eingeräumten Bewertungsfreiheit halte, wenn es bei der Gewährung des Rabattes nicht auf die Abnahmeleistung abstelle, die der betreffende Abnehmer i h m gegenüber erbringe, sondern den Rabatt aufgrund der Bezüge des Abnehmers bei a l l e n Herstellern innerhalb eines bestimmten Zeitraumes bemesse[212]). Die Forderung des „echten Leistungsentgeltes" bedeutet nach Ansicht des Bundeskartellamtes nicht, daß bei Festsetzung eines Rabattes allein die durch bestimmte Mengenbezüge eines Abnehmers im Lieferantenbetrieb entstehenden wägbaren Vorteile oder Kostenersparnisse unter Berücksichtigung einer durch die Markt- oder Wettbewerbsverhältnisse etwa bedingten Korrektur zugrundezulegen seien. Mit einer solchen Auslegung des „echten Leistungsentgelts" würde nach Auffassung der Kartellbehörde die Bewegungsfreiheit der Kartellmitglieder zu stark eingeschränkt, da Art und Höhe der Rabatte wichtige Steuerungsmittel des Unternehmens beim Absatz seiner Erzeugnisse seien.

Wenn also sich ein Unternehmen entschlösse, so argumentiert das Bundeskartellamt, den Rabatt aufgrund der Bezüge des Abnehmers bei a l l e n Kartellmitgliedern zu bemessen, so deshalb, weil es sich davon eine Verbesserung seiner Absatzchancen verspreche, denn nun brauchten die Abnehmer ihre Bezüge nicht auf einen oder wenige Hersteller zu konzentrieren, um dort einen möglichst hohen individuellen Mengenrabatt zu erhalten, sondern sie könnten sich ohne Sorgen vor Rabattverlust ihren Lieferanten allein nach Qualität und Preis der angebotenen Erzeugnisse aussuchen.

Ähnlicher Auffassung ist das Kammergericht[213]). Es weist zunächst zutreffend darauf hin, daß auch ein reiner, nicht kumulierter Mengenrabatt der Kostenersparnis nicht g e n a u entsprechen könne. Darüberhinaus ist das Kammergericht aber der Ansicht, daß in Anbetracht der besonderen Zielsetzung eines Gesamtumsatzrabattkartells der Begriff des echten Leistungsentgelts nicht nach dem individuellen Verhältnis des einzelnen Herstellers zum einzelnen Abnehmer, sondern im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller an dem Kartell Beteiligten zu ermitteln sei. Wenn die Rabattsätze mit den durchschnittlichen Kosteneinsparungen für die verschiedenen am Kartell beteiligten Hersteller vereinbar seien, sei ihre Kartellierung im Rahmen des § 3 zulässig.

Damit haben sowohl Kartellbehörde als auch Kammergericht sich eine kollektive Betrachtungsweise zu eigen gemacht, die am inten-

---

[212]) BKartA, Einspr.-Entsch. vom 14. 9. 1959 — „Tapeten" — WuW/E/-BKartA 31 ff. (35, 36).

[213]) KG, Beschl. v. 15. 12. 1959, — „Tapeten" — WuW/E/OLG, 317 ff. (318, 319); NJW 1960, S. 1257 f. (1258).

sivsten von Sölter[214]), später auch von Rowedder[215]), gefordert worden ist.

Gleichwohl scheint hier ein gewisser Fehlschluß vorzuliegen, denn wenn sowohl Kartellbehörde als auch Kammergericht die Zulässigkeit von Gesamtumsatzrabattkartellierungen dann bejahen, wenn die Rabattsätze mit den durchschnittlichen Kostenersparnissen in Einklang stehen, so setzt das logisch voraus, daß zwischen Kostenbeeinflussung und Rabattgewährung überhaupt ein wie auch immer gearteter Zusammenhang besteht. Das aber ist gerade nicht der Fall, denn nach dem Gesamtumsatzrabattsystem sind Rabatte auf einen Gesamtumsatzwert zu gewähren, der für den einzelnen Rabattgeber nur eine fiktive Größe darstellt, von der naturgemäß keine Kostenbeeinflussung ausgehen kann. Der Lieferant darf bei seiner Rabattgewährung gerade nicht die Leistung des Abnehmers ihm gegenüber, sondern muß die gegenüber dem Kollektiv erbrachte honorieren[216]), und zwar auch dann, wenn die gesamten Bezüge eines Abnehmers in vielen kleinen und kleinsten Lieferungen erfolgt sind, deren Ausführung höchst unrationell ist, weil sie keineswegs mehr kostenmindernd, sondern eher kostenerhöhend wirken. Dennoch müßte der Lieferant auf die addierten — unrationellen — Kleinlieferungen denselben Rabatt gewähren, den er auch zu gewähren hätte, wenn die Gesamtlieferung in einem — kostenmindernden — Umsatzakt erfolgt wäre. Der einzelne Lieferant muß also unter Umständen Rabatte auf Lieferungen gewähren, die ihm keinerlei positive — dagegen aber möglicherweise bereits negative — Ergebnisse bringen. Dem kann man auch nicht mit der vom Kammergericht für anwendbar gehaltenen — hier in Zweifel gezogenen — kollektiven Betrachtungsweise ausweichen, wie sich sofort ergibt, wenn man an den Fall denkt, daß der Gesamtbezug in unrationellen Kleinlieferungen nicht nur ein Kartellmitglied sondern alle Kartellmitglieder trifft. Dann entsteht bei keinem der Kartellmitglieder mehr eine Kostenersparnis; gleichwohl hätten alle den Rabatt zu gewähren, den sie auch zu gewähren hätten, wenn der Gesamtbezug in wenigen rationellen Großlieferungen erfolgt wäre.

Aus alledem könnte man möglicherweise den Schluß ziehen, daß unrationelle Kleinlieferungen dann eben bei der Rabattgewährung nach dem Gesamtumsatzsystem außer Ansatz zu bleiben hätten und nur tatsächlich kostensparende Aufträge von einer gewissen Mindestgröße an der Rabattgewährung zu unterwerfen seien. Eine solche Lösung verstieße indessen gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung, nach dem bei einem Gesamtumsatzrabatt die Ermäßigung allein nach der Gesamtmenge berechnet werden darf,

---

[214]) DB 1958, S. 1175 ff. und 1204 ff. (1204); Gem.Komm. I, § 3 Rdnr. 35.

[215]) WuW 1959, S. 15 ff. (18, 19).

[216]) Kritik gegen die Argumentation von Kartellbehörde und Kammergericht auch bei Mestmäcker, Ordo XIII, 1962, S. 233 ff. (255).

ohne Rücksicht darauf, ob diese durch wenige große oder viele kleine Lieferungen erreicht wurde[217]). Zumindest was die Frage der „durchschnittlichen" Kosteneinsparungen anbetrifft, vermögen die Gründe des Kammergerichts daher kaum zu überzeugen.

Was nun die weitere Feststellung des Kammergerichts anbetrifft, daß erst das Gesamtumsatzrabattsystem es kleineren Herstellern ermögliche, überhaupt in das Geschäft zu kommen[218]), ohne noch über die Rabattsätze hinausgehende Anreize bieten zu müssen, so ist auch diese Aussage — jedenfalls in einer solchen allgemeinen Form — bedenklich. Bei der Rabattgewährung nach dem Gesamtumsatzsystem entfällt zwar der Trend zur Konzentration der Bezüge auf einige wenige Anbieter, wie er beim reinen Mengenrabattsystem zweifellos gegeben sein kann. Auch können sich die kartellierten Lieferanten auf bestimmte Typen spezialisieren, ohne wegen geringer Sortimentsbreite Umsatznachteile befürchten zu müssen[219]). Das alles mag kleinen Anbietern tatsächlich förderlich sein. Andererseits entfällt aber auch damit gleichzeitig jeder Anreiz zur wirtschaftlich vernünftigen Auftragsrationalisierung, zur Zusammenfassung von unrationellen Kleinaufträgen, zur gesamtwirtschaftlichen Kostensenkung. Das sind unbestreitbar nachteilige Auswirkungen im gesamtwirtschaftlichen Sinne.

Aber auch dem einzelnen kleinen Anbieter bringt die kartellarische Rabattgewährung nach dem Gesamtumsatzsystem keineswegs lediglich Vorteile. Wie soeben festgestellt, trifft es zwar zu, daß durch ein Gesamtumsatzrabattkartell die Absatzchancen der kleineren Anbieter durch den Wegfall der rabattbedingten Präferenzen für den Bezug bei Großbetrieben steigen können. Die kleineren Anbieter „erkaufen" diese Ausschaltung der Vorsprünge der Großanbieter aber damit, daß sie insgesamt relativ wesentlich höhere Rabatte zu gewähren haben als große Lieferanten, das heißt, sie müssen für kleine Lieferungen verhältnismäßig hohe Rabatte gewähren. Darin allein würden sich Kleinanbieter zwar noch nicht von Großlieferanten unterscheiden, denn auch bei diesen entfällt auf kleine Lieferungen ein verhältnismäßig hoher Rabatt. Es spricht aber die Wahrscheinlichkeit dafür, daß bei Großlieferanten der Anteil der großen Einzellieferungen an ihrem Gesamtumsatz günstiger sein wird als bei kleinen Lieferanten, denen eher die kleinen, unrationellen Aufträge erteilt werden, die für Großlieferanten nicht „interessant" sind.

Die Tatsache, daß kleine Lieferanten relativ höhere Rabatte aufzuwenden haben, wird indes noch deutlicher, wenn man nicht auf die Einzellieferungen abstellt, sondern auf die gesamte Umsatz-

---

[217]) Rinck, Rdnr. 660; BKartA Beschl. v. 12. 11. 1960 — „Röhrenhersteller" — WuW/E/BKartA S. 538 ff. (540, 541) = BB 1962, S. 1400.

[218]) KG Beschl. v. 15. 12. 1959 — „Tapeten" — WuW/E/OLG 317 ff. (319).

[219]) So Baumbach-Hefermehl, § 3 Anm. 15.

summe der Berechnungsperiode. Bei dem Gesamtumsatzrabattsystem kommt es für die Rabattberechnung nicht mehr darauf an, wieviel der einzelne Rabattgeber geliefert hat, sondern wieviel der Rabattempfänger von der Gesamtheit aller am Berechnungssystem Beteiligten abgenommen hat. Der Blickpunkt ist also ein anderer als im „einfachen" Mengenrabattkartell. Bei Zugrundelegung addierter Abnahmemengen erhält derjenige den höchsten Rabattsatz, der insgesamt am meisten abgenommen hat. Ob er diese Menge in wenigen rationellen Großbezügen oder in einer Vielzahl kleiner und kleinster Lieferungen abgenommen hat, ist für die Rabattberechnung unerheblich. Mit anderen Worten: jeder Abnehmer eines Gesamtumsatzrabattkartells wird — unabhängig von der tatsächlich erfolgten Verteilung seiner Aufträge — so gestellt, als ob er seinen Gesamtbezug bei einem einzigen Lieferanten getätigt hätte. Diese Tatsache wird auch von keiner Seite bestritten. Geht man davon aus, daß ein „einfacher" Mengenrabatt — wie in dem entsprechenden Zusammenhang dargelegt — seine betriebswirtschaftliche Begründung im wesentlichen in den Kostenersparnissen findet, die mit Großlieferungen verbunden sein können, so fehlt einem Rabatt nach dem Gesamtumsatzsystem diese innere Berechtigung völlig. Das findet seinen Ausdruck auch sehr deutlich in der Tatsache, daß ein Lieferant einem Abnehmer, der bei einem anderen Kartellmitglied viel bezogen hat, für einen geringfügigen Bezug den Höchstrabatt gewähren muß, den er einem anderen Abnehmer, der die gleiche Menge bezieht. aber auch sonst wenig an Vertragsware abnimmt, nicht gewährt[220]).

Wie bereits erwähnt, wird der Rabatt bei dem Gesamtumsatzrabattsystem danach berechnet, wieviel der Abnehmer bei allen Lieferanten (dieser Branche oder Gruppe) bezogen hat. Zwangsläufige Folge dieses Berechnungssystems ist, daß die Notwendigkeit, fremde Lieferungen in die eigene Rabattgewährung mit einzubeziehen, bei einem kleinen Lieferanten häufiger vorkommt als bei einem großen. Das beruht einfach darauf, daß der Eigenanteil eines kleinen Lieferanten am gesamten Umsatzvolumen der Gruppe, die in der Regel aus kleinen und großen Lieferanten besteht, stets geringer sein muß als der Fremdanteil, während es einem großen Lieferanten — allein schon aufgrund seiner großen Lieferkapazität — durchaus gelingen kann, die Mehrheit des gesamten Umsatzvolumens der Gruppe auf sich zu vereinen.

Infolge der Notwendigkeit der Einrechnung von Fremdabnahmen müssen kleine Lieferanten also bei einer Rabattierung nach dem Gesamtumsatzrabattsystem in der Regel pro Einheit der abgesetzten eigenen Ware einen höheren Rabatt zahlen als bei individueller Umsatzrabattierung[221]).

---

[220]) So zutreffend auch Baumbach-Hefermehl, § 3, Rdnr. 15.

[221]) Im Ergebnis wie hier schon Christl, BB 1958, S. 993 ff. (998).

Eben daraus ergibt sich zwingend auch die Fragwürdigkeit des Argumentes, daß kleine Anbieter durch ein Gesamtumsatzrabattkartell generell gefördert werden. Die erhöhte Rabattgewährung, die die kleinen Lieferanten übernehmen müssen, ist nur möglich, wenn sie entweder ihre Preise vorher erhöhen oder aber zu einer Schmälerung ihres Gewinnes bereit sind.

Die erste Alternative wird aus Konkurrenzgründen kaum, höchstens bei Vorliegen eines sogenannten Verkäufermarktes, infrage kommen; das Vorliegen eines Verkäufermarktes ist aber in der wirtschaftlichen Realität eine Ausnahme, die Regel ist ein Überwiegen des Angebotes. Damit aber entfällt in der Regel für Kleinanbieter die Möglichkeit einer vorherigen Preiserhöhung zur Finanzierung einer erhöhten Rabattgewährung. Es bleibt also nur die zweite Alternative, nämlich die erhöhte Rabattgewährung zu Lasten der eigenen Gewinnsituation. Eine derartige Schmälerung des Gewinnes mag kurzfristig unschädlich sein. Sie führt aber langfristig mit Sicherheit zu einer substantiellen Auszehrung der Kleinbetriebe, die mangels ausreichender Gewinnerzielung nach und nach auf die betriebsnotwendige Regeneration ihrer Produktionsanlagen verzichten müssen und sich nicht rechtzeitig an neue Marktsituationen anpassen können.

Aus alledem ergibt sich, daß das Argument, das Gesamtumsatzrabattsystem fördere kleinere Anbieter, da diese infolge der besonderen Art der Rabattberechnung nun auch Bezüge von Großabnehmern auf sich lenken könnten, zwar prima vista zuzutreffen scheint. Ob der „Preis" in Form höherer Rabattzugeständnisse, den die Kleinanbieter hierfür aufzuwenden haben, die möglichen Vorteile nicht jedoch wieder aufzehrt oder sogar überkompensiert, könnte nur im Einzelfall entschieden werden. Bei näherer Betrachtung stellen sich daher — insbesondere in langfristiger Analyse — hinsichtlich der Richtigkeit der Argumentation des Kammergerichts doch erhebliche Zweifel ein, da der behauptete Förderungseffekt auf kleinere Anbieter jedenfalls nicht generell gegeben sein muß.

Tatsächlich besser gestellt infolge eines Gesamtumsatzrabattsystems wird vielmehr der große Abnehmer, denn dieser hat zusätzlich zu dem höchsten Rabattgenuß — der ihm durch ein Gesamtumsatzrabattkartell in keiner Weise geschmälert werden soll und kann — nun noch den Vorteil, seine Käufe bei allen Lieferanten des Kartells placieren zu können, ohne irgend einen Rabattverlust zu erleiden. Dieses bedeutet aber nichts anderes, als daß damit die Nachfragestrategie des großen Käufers um einen weiteren Faktor erweitert wird. Denn nun hat er zusätzlich zu seiner ohnehin schon vorhandenen Marktmacht die Möglichkeit, die „kleinen" kartellierten Anbieter ständig zu wechseln, ohne seine hohe Rabattstufe zu gefährden, er kann die kleinen Lieferanten gegeneinander „ausspielen", Preiszugeständnisse fordern usw.

Die Ruhe, die die kleinen Anbieter durch die Absprache auf dem Rabattsektor möglicherweise tatsächlich gewinnen, erkaufen sie mit einer Verschärfung des Wettbewerbs[222]) in Bereichen, in denen sie unter Umständen, wie im Preissektor, von der Marktmacht großer Abnehmer viel elementarer getroffen werden.

Mit einer gewissen Berechtigung könnte man daher feststellen, daß entgegen der Ansicht des Kammergerichts nicht die kleinen, sondern vielmehr die großen Unternehmen durch das Gesamtumsatzrabattkartell gefördert werden, und zwar gerade zu L a s t e n der Kleinanbieter, die infolge der Zusammenrechnung aller Umsätze auch diejenigen Bezüge eines Abnehmers in ihre Rabattgewährung mit einbeziehen müssen, die gar nicht auf sie entfallen sind.

Insgesamt ergeben sich somit doch einige schwerwiegende Zweifel, ob Kartellbehörde und Rechtsprechung sich der vollen Konsequenz der Entscheidung, das „echte Leistungsentgelt" in Gesamtumsatzrabattkartellen lediglich als Kollektiv-Größe zu interpretieren, bewußt waren. Die angeführten Argumente von Kartellbehörde und Kammergericht und die daraus gezogenen Schlüsse sind jedenfalls in keiner Weise zwingend. Zumindest scheinen sie einigen auch noch zur berücksichtigenden Aspekten bei der Beurteilung von Gesamtumsatzrabattkartellen nicht hinreichend Rechnung zu tragen.

III. Das Problem der Nichtdiskriminierung in Gesamtumsatzrabattkartellen

Stellt man die oben erwähnten Bedenken hinsichtlich des Leistungsentgelts in Gesamtumsatzrabattkartellen einstweilen beiseite und schließt sich insoweit der Auffassung von Kartellbehörde und Kammergericht an, so kommt der Frage der Nichtdiskriminierung in Gesamtumsatzrabattkartellen besondere Bedeutung zu.

Kartellabnehmer werden durch ein Gesamtumsatzrabattkartell diskriminiert, wenn ihnen die Aufnahme in die generelle Umsatzerfassung des Kartells und damit die Rabattierung ihrer Bezüge verweigert wird. Das kann besonders dann praktisch werden, wenn Abnehmer in der Handelsstufe den Weitervertrieb der Waren in einer Weise vornehmen, der die im Kartell zusammengeschlossenen Hersteller nicht glauben zustimmen zu können[223]). Wird diesen Händlern die kartellarische „Anerkennung" und Rabattierung ihrer Bezüge verweigert, ist es ihnen trotz noch so großer ökonomischer

---

[222]) Die Tatsache, daß jeder Nachfrager seine Lieferanten bei Vorliegen eines Gesamtumsatzrabattkartells ohne Rabattverlust wechseln kann und sich somit der Wettbewerb unter den einzelnen Kartellmitgliedern verschärfen kann, betont auch Rinck. (Rinck, Rdnr. 659.)

[223]) Dieser Fall erlangt beispielsweise dann besondere Bedeutung, wenn Hersteller wohlrenommierter Waren vermeiden wollen, daß ihre Produkte im Sortiment noch unbekannter, unbewährter Vertriebsformen erscheinen.

Tüchtigkeit unmöglich, mit den vom Kartell „anerkannten" Händlern zu konkurrieren, da diese infolge der Rabattgewährung auf Grund zusammengerechneter Umsätze einen ständigen Wettbewerbsvorteil genießen. Dem Kartell bietet sich somit über die Gewährung oder Verweigerung von Rabatten ein wirtschaftlich höchst wirksames Mittel, eine Vertriebsordnung in dem Sinne durchzusetzen, den die Kartellmitglieder für optimal erachten. Eine derartige Handhabung ist indessen mit § 3 Abs. 1 unvereinbar, da durch sie alle nichtanerkannten Abnehmer diskriminiert werden.

Ob Hersteller einen bestimmten Händler beliefern wollen oder nicht, ist im allgemeinen ihrer freien Entscheidung überlassen. Kartellabsprachen, bestimmte Händler nicht zu beliefern, sind jedoch unzulässig und zwar selbst dann, wenn sie sich äußerlich nicht auf die Frage der Belieferung, sondern lediglich auf die Anerkennung der Händler als „rabattwürdig" oder „rabattunwürdig" erstrecken, da sich — wie ausgeführt — eine kartellarische Nichtgewährung von Rabatten im Endeffekt genauso hemmend auf die wirtschaftliche Freiheit der Abnehmer auswirkt wie eine Liefersperre.

Ins Positive gewendet, bedeutet Nichtdiskriminierung in einem Gesamtumsatzrabattkartell daher, daß alle Abnehmer, die mit den Kartellmitgliedern die gleichen Umsätze tätigen, auch gleiche Rabatte erhalten müssen. Für eine Differenzierung der Rabatte dahingehend, ob die Vertriebsmethoden sich unterscheiden, ist bei einer Rabattierung nach dem Gesamtumsatzsystem kein Raum[224]).

IV. Zur Frage schädlicher Wirkungen von Gesamtumsatzrabattkartellen

Zieht es ein Anbieter vor — aus welchen Gründen auch immer — einem auf seiner Wirtschaftsstufe bestehenden Gesamtumsatzrabattkartell nicht beizutreten, so kann das für ihn erhebliche Folgen zeitigen. Seine bisherigen Abnehmer werden es nun für vorteilhafter erachten, ihre Bezüge auf die Kartellmitglieder zu konzentrieren, denn dort geht jeder Bezug in die Gesamtumsatzberechnung ein und erhöht ihren Rabattanspruch. Die bisherigen Abnehmer werden nur dann noch von dem Kartellaußenseiter beziehen, wenn dieser ihnen die gleichen Vorteile zu bieten bereit ist, die sie auch erhalten würden, wenn sie von Kartellmitgliedern bezögen. Das Gesamtumsatzrabattkartell entwickelt jetzt gegenüber dem Außenseiter eine ähnliche Sogwirkung, wie sie auch bereits aus anderen Gründen im einfachen Megenrabattkartell festzustellen war.

Beruhte jedoch im einfachen Mengenrabattkartell die Sogwirkung auf dem Versuch der Abnehmer, durch Konzentration ihrer Bezüge auf wenige Lieferer in eine möglichst hohe Rabattstufe zu

---

[224]) So auch BKartA, Beschl. vom 12. 11. 1962 — „Röhrenhersteller II" — WuW/E/BKartA 538 ff. (543 f.) und davor bereits Mestmäcker, Ordo XIII. S. 233 ff. (272, 273).

gelangen, so gehen diese individuellen Präferenzen zu Gunsten einzelner Kartellmitglieder nunmehr in Kollektivpräferenzen zu Gunsten der Gesamtheit der Kartellmitglieder über[225]). Das hat erhebliche Folgen für die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Kartellaußenseiter; diese müßten, um mit den kartellierten Anbietern erfolgreich konkurrieren zu können, nicht nur die gleichen Rabatte wie das Kartell auf Grund der Gesamtumsatzberechnung gewähren, sondern hätten darüber hinaus den Abnehmer, der von ihnen (den Außenseitern) bezieht, noch dafür schadlos zu halten, daß er wegen der Außenseiterkäufe die nächsthöhere Rabattstufe des Kartells nicht erreicht. Hiermit kann zweifellos eine Belastung der Außenseiter verbunden sein, die ihnen unter Umständen nur die Alternative: Beitritt zum Kartell oder Ausscheiden aus dem Markt, läßt.

Mit einer gewissen Berechtigung und insbesondere im Hinblick auf die Kartellaußenseiter könnte man daher feststellen, daß die wirtschaftlichen Folgen des Gesamtumsatzrabattes denen eines Treuerabattes nicht unähnlich sind[226]). Auch der Gesamtumsatzrabatt führt wie der Treuerabatt dazu, daß die Abnehmer ihre Käufe auf die Rabattgeber konzentrieren. Der darin liegende Druck auf den Außenseiter stellt sicherlich eine schädliche Wirkung im Sinne von § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, insbesondere auf den Handel, dar; gleichzeitig können die Interessen der Verbraucher insofern beeinträchtigt werden, als das Korrektiv des Außenseiterwettbewerbs weitgehend lahmgelegt wird[227]). Gegenüber einem Rabattkartell, dem derartige Wirkungen innewohnen, wäre der Widerspruch aus den Gründen des § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 geboten.

Nach Ansicht des Bundeskartellamtes kann der Widerspruch wegen der in dem Kartellzwang liegenden schädlichen Wirkungen aber dadurch vermieden werden, daß eine spezielle Regelung den Schutz der Außenseiter in Betracht zieht. Das kann nach Auffassung des Bundeskartellamtes dadurch geschehen, daß der zu gewährende Rabatt nach dem Umsatz bemessen wird, den der Abnehmer nicht nur mit Kartellmitgliedern, sondern mit der Gesamtheit aller am Markt befindlichen Anbieter, also einschließlich der Außenseiter, getätigt hat. Wird derart verfahren, so besteht nach Ansicht des Bundeskartellamtes[228]) für die Abnehmer kein Anlaß mehr, ihre Bezüge auf die Kartellmitglieder zu konzentrieren. Damit entfalle auch ein möglicher wirtschaftlicher Zwang auf Außenseiter, dem Kartellvertrag beizutreten; Außenseitern und neuen Unternehmen bleibe eine gewerbliche Tätigkeit in dem kartellierten Wirtschafts-

---

[225]) Übereinstimmend Schoser, WuW 1960, S. 10 ff (12).
[226]) Ähnlich auch Biedenkopf, BB 1958, S. 757 ff. (758); ferner Rasch, WuW 1959, S. 169 ff. (172).
[227]) BKartA, Beschl. v. 14. 4. 1959 — „Tapeten" — WuW/E/BKartA 31 ff. (36).
[228]) Erstmalig dargelegt im vorerwähnten Tapeten-Beschluß, a.a.O., S. 36.

zweig möglich und die für die Verbraucher günstigen Wirkungen des Außenseiterwettbewerbs auf das Marktverhalten der Kartellmitglieder blieben erhalten.

Das Bundeskartellamt hat daher, soweit festgestellt werden konnte, bislang auch nur in drei Fällen die Anmeldungen von Gesamtumsatzrabattkartellen unwidersprochen hingenommen, in denen nicht spezielle Außenseiterklauseln enthalten waren[229]). In allen drei Fällen handelte es sich indessen um bestimmte Extremsituationen (wenige oder relativ schwache Kartellmitglieder, viele oder wirtschaftlich relativ starke Außenseiter), so daß hierauf im einzelnen nicht eingegangen zu werden braucht.

Die derzeitige Verwaltungspraxis der Kartellbehörde geht also dahin, von Gesamtumsatzrabattkartellen in der Regel zu verlangen, daß sie den von ihrem speziellen Berechnungssystem ausgehenden Kartellsog durch eine Außenseiterklausel zu neutralisieren suchen.

Das führt zu relativ schwierigen Spezialfragen, wenn außerhalb der Rabattabsprache Anbieter in nichtdeutschen Ländern bestehen, die auch Lieferbeziehungen mit Abnehmern in der Bundesrepublik unterhalten. Wird auf einem solchen Markt ein Gesamtumsatzrabattkartell abgeschlossen, so unterliegen die der Rabattabsprache nicht angehörenden ausländischen Anbieter dem gleichen Kartellsog, wie er auch oben im Hinblick auf deutsche Kartellaußenseiter festzustellen war, denn ökonomisch besteht naturgemäß zwischen inländischen und ausländischen Kartellaußenseitern kein Unterschied.

Ein Unterschied könnte sich indessen in rechtlicher Hinsicht ergeben. Das GWB findet nur Anwendung auf Wettbewerbsbeschränkungen, die sich in seinem Geltungsbereich auswirken (§ 98 Abs. 2). Der ausländische Außenseiter kann also von dem deutschen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich keinen Schutz erwarten, es sei denn, es handelte sich um Außenseiter aus Ländern, mit denen besondere Abkommen in dieser Hinsicht bestehen. Derartige „von der Bundesrepublik Deutschland in zwischenstaatlichen Abkommen anerkannte Grundsätze über den Verkehr mit Waren" darf auch ein

---

[229]) 1. Gesamtumsatzrabattkartell f. Markensekte, Bundesanz. Nr. 123 v. 2. 7. 1958, WuW 1958, 453.

2. Gesamtumsatzrabattkartell f. endlose Gummikeilriemen, Bundesanz. Nr. 59 v. 24. 3. 1961, WuW 1961, S. 405.

3. Gesamtumsatzrabattkartell von Linoleumherstellern, Bundesanz. Nr. 44 v. 5. 3. 1963, WuW 1963, S. 390 f.

Gegen das letztgenannte Kartell erfolgte ein Diskriminierungsnachweis von nicht dem Kartell angehörenden Anbietern nach § 3 Abs. 3 S. 2 Nr. 3, der vom BKartA zunächst als unbegründet zurückgewiesen wurde. Auf den Einspruch der Außenseiter hob jedoch die Einspruchsabteilung des BKartA den ablehnenden Bescheid der Beschlußabteilung auf. Auch dieses Kartell muß nunmehr die Bezüge seiner Abnehmer bei Außenseitern in die Rabattberechnung einbeziehen. (BKartA, Beschl. v. 13. 11. 1963, BB 1963, S. 1551 ff.).

Rabattkartell nicht verletzen (§ 12 Abs. 1 Nr. 2). Der derzeit wichtigste und wohl auch einzige Fall derartiger Abkommen, von denen ein Rabattkartell berührt sein könnte, ist der „Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft" (EWG-Vertrag)[230], [231]).

Die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages sind durch das Inkrafttreten der Ersten Durchführungsverordnung[232]) zu den Art. 85 und 86 unmittelbar rechtsverbindlich geworden[233]).

Art. 85 Abs. 1 verbietet alle Vereinbarungen, „... welche den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind ..." Unter dieses Verbot, genauer: unter das in Art. 85 Abs. 1a enthaltene Verbot der Preisfestsetzung, fiele auch ein Rabattkartell, das sich aus Mitglieder verschiedener EWG-Länder zusammensetzt. Hierüber besteht Einigkeit[234]). Aber auch auf Rabattkartelle mit Mitgliedern nur aus einem EWG-Land findet Art. 85 dann Anwendung, wenn dieses Rabattkartell in das EWG-Ausland liefert oder wenn es mit EWG-Ausländern, die in das betreffende EWG-Land liefern, in Wettbewerb steht. Von dem Verbot des Art. 85 Abs. 1 können Rabattkartelle möglicherweise freigestellt werden, wenn sie die in Art. 85 Abs. 3 niedergelegten Voraussetzungen erfüllen; hierüber wird nur im Einzelfall entschieden werden können[235]). Die umfassende Erörterung dieser speziellen Fragen des EWG-Rechts ist indessen nicht mehr Gegenstand dieser Untersuchung.

Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang aber doch die bereits angeschnittene Frage, wie zu entscheiden ist, wenn neben einem rein deutschen Gesamtumsatzrabattkartell, dessen Absatzgebiet lediglich die Bundesrepublik Deutschland umfaßt, Außenseiter in anderen EWG-Ländern bestehen, die gleichfalls nach Deutschland liefern. In einem derartigen Fall werden die Vorschriften des GWB

---

[230]) Vom 25. 3. 1957, BGBl. II, S. 766.

[231]) In Frage kommen könnte möglicherweise für Rabattkartelle noch der „Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl" v. 18. 4. 1951. Die Wettbewerbsvorschriften des Montanvertrages gehen dem GWB vor. Nach dem Montanvertrag sind Absprachen über Preise (mithin auch über Preisbestandteile wie Rabatte) unter keinen Umständen erlaubt, Kartelle diesen Inhalts können auch nicht genehmigt werden (übereinstimmend Rinck, Rdnr. 714). Die Erörterung eines etwaigen Außenseiterschutzes im Montanbereich erübrigt sich daher.

[232]) VO Nr. 17 v. 6. 2. 1962/24. 12. 1962, veröffentl. im Amtsblatt der Europ. Gemeinsch. v. 21. 2. 1962, S. 204/62; abgedr. auch WuW 1962, S. 37, 504.

[233]) Gl. A. Baruch, WuW 1963, S. 14 ff. (17).

[234]) Herrsch. Meinung, wie hier Spengler, Gem.Komm. II, EWG-Kartellrecht, Rdnr. 72; Deringer, WuW/EWG-Vertr. Art. 85, Abs. 1, Rdnr. 52; Gleiss/Hirsch, EWG-Kartellr., Art. 85, Rdnr. 36.

[235]) Gl. A. v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3, Rdnr. 128.

neben dem Kartellrecht der EWG anzuwenden sein, was ohne Zweifel unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist[236]).

In Übereinstimmung damit hat das Bundeskartellamt bei vorhandenem oder mit Sicherheit zu erwartendem EWG-Außenseiterwettbewerb im Hinblick auf Art. 85 Abs. 1 darauf hingewirkt, daß deutsche Gesamtumsatzrabattkartelle die Außenseiterklausel auch auf die Berücksichtigung nichtdeutscher EWG-Außenseiter ausdehnten[237]). Das Bundeskartellamt stellt somit bereits heute deutsche und nichtdeutsche EWG-Außenseiter praktisch einander gleich.

Damit hat die Kartellbehörde allerdings wohl in gewisser Weise dem gegenwärtigen Stand der EWG-Entwicklung vorgegriffen, wie sich bei Prüfung der derzeitigen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen ergibt.

Kartelle, die dem Verbot des Art. 85 Abs. 1 unterliegen, können unter den in Art. 85 Abs. 3 genannten Voraussetzungen eine Nichtanwendbarkeitserklärung erwirken. Diese Möglichkeit ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn die Pflicht zur Berücksichtigung auch der EWG-Außenseiterbezüge dazu führen würde, daß ein rein deutsches Gesamtumsatzkartell praktisch nicht mehr sinnvoll und praktikabel ist[238]). Für die Erteilung derartiger Nichtanwendbarkeitserklärungen ist die EWG-Kommission ausschließlich zuständig (Art. 9 Abs. 1 VO Nr. 17). Um die Erklärung der Kommission zu erlangen, müßten die Kartellmitglieder ihre Absprache dort anmelden (Art. 4 Abs. 1 VO Nr. 17). Da es sich in einem solchen Fall um ein Kartell von Unternehmen nur e i n e s EWG-Mitgliedslandes handelt, kann derzeit von der Anmeldung abgesehen werden (Art. 4 Abs. 2 Ziffer 1 VO Nr. 17); auch ohne formelle Anmeldung können die Beteiligten eine Erklärung der Kommission nach Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag erhalten[239]).

Aus dieser Regelung wird man entnehmen müssen, daß die EWG-Kommission die reinen Inlandskartelle, die nicht direkt auf die Wettbewerbsverhältnisse zwischen den Mitgliedsstaaten einwirken, sie aber doch möglicherweise indirekt berühren — eben wie ein Gesamtumsatzrabattkartell mit EWG-Außenseitern — vorläufig noch nicht näher erfassen und verfolgen will[240]).

Weist ein Vertrag über ein deutsches Gesamtumsatzrabattkartell nur eine nationale, nicht hingegen auch eine EWG-Außenseiterklau-

---

[236]) Gl. A. Rinck, Rdnr. 957.

[237]) So beispielsweise in jüngerer Zeit in folgenden Fällen: Gesamtumsatzrabattkartell der Hersteller von Stahlradiatoren, Bundesanz. Nr. 239 v. 19. 12. 1962; Gesamtumsatzrabattkartell für Heizungsumwälzpumpen, Bundesanz. Nr. 209 v. 3. 11. 1962; Gesamtumsatzrabattkartell für Azetylengas, Bundesanz. Nr. 172 v. 11. 9. 1962.

[238]) So auch v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3, Rdnr. 129

[239]) Übereinstimmend Schumacher WuW 1962, S. 475 ff. (477, 478); Deringer, WuW/EWG-Vertr. VO Nr. 17, Art. 4, Rdnr. 7.

[240]) So wohl auch Deringer, a.a.O., Rdnr. 9.

sel auf, so kann das Bundeskartellamt nach der derzeitigen Rechtslage hierauf einen Widerspruch nicht stützen. Das alles ist aber ein Übergang; je mehr im EWG-Raum binnenmarktartige Verhältnisse geschaffen werden, desto weniger wird sich auch eine Unterscheidung zwischen nationalen und europäischen Außenseitern aufrechterhalten lassen.

Im übrigen würde aber auch eine rein deutsche Rabattabsprache, die keine Außenseiterklausel enthält und auf diese Weise ausländische Lieferanten behindert und vom deutschen Markt fernhält, mit großer Wahrscheinlichkeit auch „. . . schädliche Wirkungen für . . . die angemessene Versorgung der Verbraucher" (§ 3 Abs. 3 S. 2 Nr. 2) haben und schon deshalb dem Widerspruch der Kartellbehörde ausgesetzt sein.

Insgesamt läßt sich feststellen, daß Gesamtumsatzrabattkartelle nach der derzeitigen Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes in der Regel zur Vermeidung eines möglichen Kartellzwanges und zur Neutralisierung des von ihnen ausgehenden Kartell-Soges die Bezüge ihrer Abnehmer bei Kartellaußenseitern mitberücksichtigen müssen. Dieses gilt insbesondere dann, wenn zwischen den Kartellmitgliedern und den Außenseitern ein scharfer Wettbewerb besteht[241]).

Die Auffassung, daß bei Berücksichtigung der Außenseiterumsätze eine Kartellabsprache nach dem Gesamtumsatzrabattsystem unbedenklich ist, bedarf indessen einiger Anmerkungen.

Auszugehen ist von der Tatsache, daß Außenseiter trotz Mitberücksichtigung ihrer Umsätze nur dann noch Absatzchancen haben, wenn sie mindestens die Rabatte gewähren, die sie *auch* zu gewähren hätten, wenn sie Kartellmitglieder wären. Der Gedanke, Außenseiter seien durch ein Gesamtumsatzrabattkartell dann nicht beschwert, wenn ihre Umsätze in die Rabattberechnung einbezogen werden, geht somit von der stillschweigenden Unterstellung aus, der Außenseiter habe sich wie ein Kartellmitglied behandeln zu lassen. Gewähre ihm der Vertrag dieses „Recht", dann sei wirtschaftlich und rechtlich nichts zu beanstanden[242]).

Eine solche Auffassung ist indessen fragwürdig, denn sie bedeutet, daß der Außenseiter ebenso wie ein Kartellmitglied auf kleine Umsätze einen relativ hohen Rabatt zu zahlen hat, der über die durch die Abnahmemengen tatsächlich herbeigeführten Kosteneinsparungen in der Regel weit hinausgeht. Könnte man dieses Ungleichgewicht, das — wie oben[243]) dargelegt — insbesondere zu Lasten kleinerer Anbieter geht, bei einem Kartell*mitglied* möglicherweise mit anderen Vorteilen der Kartellmitgliedschaft kompensieren, so entfällt

---

[241]) KG, Beschl. v. 10. 7. 1962 — „Polyesterlichtplatten", WuW/E/OLG 478 ff. (480).

[242]) Überlegungen in ähnlicher Richtung auch bei Mestmäcker, Ordo XIII, 1962, S. 233 ff. (263).

[243]) § 9, II.

diese Möglichkeit indessen bei Kartell-Außenseitern gänzlich. Der Außenseiter wird indirekt gezwungen, sich ohne Gegenleistung kartellkonform zu verhalten, was faktisch eine Ausdehnung einer unter bestimmten Voraussetzungen gesetzlich erlaubten Wettbewerbsbeschränkung auf unbeteiligte Dritte darstellt.

Eine solche de-facto-Ausdehnung der Wettbewerbsbeschränkung stünde aber wohl zu Sinn und Zweck der Ausnahmebestimmung in eindeutigem Widerspruch. Zu welchen Folgen der Gedanke, Außenseiter müßten sich wie Kartellmitglieder behandeln lassen, bereits geführt hat, zeigt das Verlangen eines Gesamtumsatzrabattkartells, die Außenseiter, deren Umsätze mitgerechnet werden, nun auch an den Kosten der Umsatzmeldestelle zu beteiligen. Einen derartigen abwegigen Versuch haben Bundeskartellamt und Kammergericht uneingeschränkt zurückgewiesen[244]). Mit Recht hat das Bundeskartellamt in dieser Sache darauf abgestellt, daß ein Gesamtumsatzrabattkartell, wenn es die Außenseiterumsätze mitberücksichtigt, jedenfalls keine besondere Leistung erbringt, sondern lediglich einem auf den Schutz der Außenseiter zielenden gesetzlichen Erfordernis für sein Wirksamwerden genügt. Zutreffend weist die Kartellbehörde ferner darauf hin[245]), daß die vom Kartell für die Berechnung der Gesamtabnahmemenge geschaffene Meldestelle ausschließlich dem mit dem Kartellvertrage verfolgten gemeinsamen Zweck diene. Eine Kostenbeteiligung der Außenseiter bürdete den dem Kartell nicht angehörenden Herstellern Aufwendungen für eine Einrichtung auf, die allein die Durchführung einer von den Kartellmitgliedern veranlaßten Wettbewerbsbeschränkung bezwecke. Das sei Mißbrauch der Freistellung von § 1 GWB.

Dieser Entscheidung, insbesondere ihrer insoweit überzeugenden Begründung, ist zuzustimmen. Das grundsätzliche Bedenken hinsichtlich der Tatsache, daß sich der Außenseiter, um eine wirtschaftliche Chance zu haben, in seinen Rabattsätzen dem Gesamtumsatzrabattkartell anpassen muß, ist damit allerdings nicht ausgeräumt. Dieses Bedenken bleibt auch insbesondere deshalb bestehen, weil in dem speziellen Fall des Gesamtumsatzrabattkartells die Rabattsätze, losgelöst von der Kostenbeeinflussung durch den einzelnen Umsatzakt, vorwiegend aus dem kollektiven Interesse resultieren, das die Kartellmitglieder an der Ausschaltung des Rabattwettbewerbs haben.

Der wirtschaftliche Zwang zur Anpassung an das Kartellverhalten ist eine spezifische Eigenart des Gesamtumsatzrabattkartells, die anderen Wettbewerbsbeschränkungen nicht in gleicher Weise innewohnt. Wenn beispielsweise ein Außenseiter mit einem Preiskartell zu konkurrieren hat, dann braucht er ceteris paribus lediglich den

---

[244]) BKartA, Beschl. v. 20. 12. 1960 — „Polyesterlichtplatten" — WuW/E/BKartA 313 ff.; Einspr. Entsch. v. 13. 7. 1961, WuW/E/BKartA 375 ff.; KG, Beschl. v. 10. 7. 1962, dieselbe Sache, WuW/E/OLG 478 ff.

[245]) a.a.O., WuW/E/BKartA, 378.

Kartellpreis zu unterbieten, um in das Geschäft zu kommen. Tritt ein Außenseiter hingegen mit einem Gesamtumsatzrabattkartell in Konkurrenz, so muß er neben den übrigen Wettbewerbsfaktoren (Preis, Qualität, Lieferzeit, Service usw.) noch zusätzlich mit einem kollektivierten Preisbestandteil, dem Rabatt, konkurrieren, dessen Höhe zu dem einzelnen Geschäft keine Beziehung aufweist, der aber — infolge der kollektiven Umsatzerfassung — auch noch auf alle späteren Geschäfte fortwirkt.

Aus alledem folgt, daß der Ansicht, bei Berücksichtigung der Außenseiterumsätze entfalle ein wirtschaftlicher Druck auf die Außenseiter, jedenfalls nicht generell zugestimmt werden kann. Der Zwang, sich den Daten des wettbewerbsbeschränkenden Kollektivs anzupassen, sich also wie ein Quasi-Mitglied kartellkonform zu verhalten, bleibt in der Regel auch dann bestehen, wenn die Außenseiter-Umsätze mitgerechnet werden. Daß bei einem derartigen „normierenden" Einfluß auf den Außenseiter-Wettbewerb kaum noch etwas von dessen wirtschaftlich wünschenswerten Funktionen, wie Auflockerung des Marktgeschehens, Anregung zur Rationalisierung usw. übrig bleibt, bedarf danach keiner weiteren Erörterungen.

Zusammenfassung

1. Rabatte in Gesamtumsatzrabattkartellen weisen keine Beziehung zu dem einzelnen Umsatzakt auf. Die von Kartellbehörde und Rechtsprechung für zulässig gehaltene Festsetzung der Rabatte unter kollektiven Gesichtspunkten ist zumindest nicht unbedenklich, da eine konkrete Leistungsbezogenheit der Rabatthöhe mangels Zusammenhanges mit einer wie auch immer gearteten Kostenbeeinflussung von vornherein entfällt. Willkürliche Rabattfestsetzung, die sich lediglich am „Wert" der Wettbewerbsbeschränkung als solcher orientiert, kann in Gesamtumsatzrabattkartellen nicht ausgeschlossen werden.

2. Kleine Anbieter werden entgegen der Meinung von Kartellbehörde und Rechtsprechung nicht generell gefördert.

3. Außenseiter eines Gesamtumsatzrabattkartells unterliegen in der Regel bei Nichtberücksichtigung ihrer Umsätze einem scharfen Kartellzwang durch das Gesamtumsatzrabattkartell.

4. Auch bei Mitberücksichtigung ihrer Umsätze müssen sich Außenseiter kartellkonform verhalten, um neben dem Kartell bestehen zu können.

5. Außenseiter, die sich kartellkonform verhalten, unterscheiden sich in wirtschaftlicher Hinsicht nicht mehr von Kartellmitgliedern. Sie verlieren ihre hinsichtlich der Gesamtwirtschaft und der Verbraucher als nützlich erachteten Außenseitereigenschaften.

§ 10 Funktionsrabattkartelle und ihre spezielle Problematik

I. Vorbemerkung

Funktionsrabattkartelle sollen einheitlich die Rabatte regeln, die Abnehmer auf Grund ihrer Stellung und ihrer Tätigkeit innerhalb des Verteilungsprozesses erhalten, etwa für die Übernahme von Lagerhaltung, Werbung, Marktforschung oder Service. Die kartellierten Rabatte sind also abnehmerbezogen[246]) und in ihrer Höhe unabhängig von der M e n g e der Waren, auf die der Rabatt gewährt wird.

Die Frage, ob derartige Funktionsrabattkartelle von der Ausnahmebestimmung des § 3 erfaßt werden, ist keineswegs unproblematisch. Das Gesetz gibt hierauf unmittelbar keine Antwort; es kennt den Begriff des Funktionsrabattes nicht. Das Problem ist daher auch im Schrifttum besonders intensiv diskutiert worden[247]) — wobei die ablehnenden Stimmen überwogen —, ohne daß es dabei schließlich aber zu einer gewissen herrschenden Meinung gekommen wäre.

Im Schriftlichen Bericht des für die materiell-rechtlichen Bestimmungen des GWB federführenden wirtschaftspolitischen Ausschusses des Bundestages heißt es zu dieser Frage[248]): „Angesichts der starken Bedenken, die gegen die Zulassung von Rabattkartellen sprechen, beschloß der Ausschuß, die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen auf die Fälle zu beschränken, in denen Rabatte ein echtes Leistungsentgelt darstellen. ‚Funktionsrabatt'-Vereinbarungen sind daher durch § 1a[249]) nicht gedeckt."

Dieser Ausgangspunkt wurde während der zweiten und dritten Beratung des Gesetzes im Bundestag mehrfach unterstrichen. So wurde beispielsweise anläßlich eines im Plenum eingebrachten Antrages auf ersatzlose Streichung einer Ausnahmemöglichkeit für Rabattkartelle zur Verteidigung der Vorschrift und zur Interpretation ihres Inhaltes vom Vorsitzenden des wirtschaftspolitischen Ausschusses darauf hingewiesen, daß Anmelder von Rabattkartellen nachzuweisen hätten, „daß die Rabatte, die in der Vereinbarung

---

[246]) Im Sinne der eingangs gegebenen Einteilung.

[247]) Gegen eine Freistellung von Funktionsrabattkartellen: Büntig, WRP 1957, S. 281 ff.; Scheufele, WuW 1958, S. 334 ff. (342); Koenigs, DB 1957, S. 765 ff.; Langen, § 3 Anm. IIIb; für eine Freistellung: Sölter, DB 1957, S. 887 ff., 913 ff., MA 1957, 571 ff., WRP 1957, S. 347 ff., Gem.Komm. I § 3 Anm. 1—9; Dörinkel WuW 1957, S. 607 (610).

[248]) Schriftl. Ber. des Auss. f. Wirtsch.-Politik, über den Entw. eines GWB v. 22. 6. 1957, Deutscher BT, 2. Wahlp., zu BT-Drucks. 3644, S. 16, abgedr. Gem.Komm. I, S. 1156 ff. (1176).

[249]) Hier dürfte es sich um einen Druckfehler handeln. Gemeint ist nicht § 1a des Entwurfs, sondern § 1b; in der endgültigen Fassung ist das § 3 GWB.

geregelt werden, tatsächlich nur Leistungsentgelte sind — also M e n g e n rabatte je nach Abnahme ...[250])"

Es scheint also so, als habe der Gesetzgeber den Funktionsrabatt nicht vom Kartellverbot freistellen wollen. Das Bundeskartellamt hat indessen Anmeldungen von Funktionsrabattkartellen nicht von vornherein widersprochen, sondern die Kartelle ungeachtet der Rabattbezeichnung auf das Vorliegen der in § 3 geforderten Ausnahmevoraussetzungen geprüft[251]).

Ein solches Vorgehen erscheint berechtigt, einmal, weil das Gesetz nach seinem Wortlaut eine Differenzierung nach einzelnen Rabattarten nicht kennt, andererseits aber auch, weil der Handel — nur für diesen besteht überhaupt das Problem des Funktionsrabattes — sicherlich eine Reihe auch volkswirtschaftlich notwendiger Tätigkeiten ausübt, die wohl durchaus als „Leistungen" anzusehen sind.

Damit erhebt sich auch für Funktionsrabattvereinbarungen die Frage der Leistungsbezogenheit und des Leistungskriteriums. Diese Frage wird im folgenden zu prüfen sein.

II. Das Problem des „echten Leistungsentgelts" in Funktionsrabattkartellen

Stark vereinfachend könnte man den gesamten Vertrieb der Waren mit einer gewissen Berechtigung bereits als Leistung des Handels, und zwar speziell gegenüber dem Hersteller, ansehen. Der Handel erspart dem Hersteller Vertriebskosten; anstatt mit einer Vielzahl von Verbrauchern Verträge abzuschließen, braucht der Hersteller bei Einschaltung des Handels nur noch mit relativ wenigen Partnern Kontakt aufzunehmen und diese zu beliefern. Demzufolge könnte man das Leistungsentgelt im Sinne von § 3 Abs. 1 ganz allgemein als den Gegenwert dessen definieren, was dem Hersteller tatsächlich aus der Einschaltung eines außerhalb seines eigenen Unternehmens liegenden Vertriebssystems an Nutzen erwächst[252]).

Keine Leistung für den rabattgebenden Produzenten ist daher der Gewinn des H a n d e l s. Dieser ist vielmehr das E r g e b n i s der händlerischen Tätigkeit überhaupt. Unzutreffend ist daher die Ansicht[253]), bei der kartellarischen Festlegung von Funktionsrabatten sei „selbstverständlich ein angemessener Gewinn für den Rabattnehmer zu berücksichtigen". Einmal gibt es für die „Angemessenheit" eines Gewinnes in einem marktwirtschaftlichen System ohnehin kein anwendbares Kriterium; hierauf war in anderem Zusammenhang bereits hinzuweisen[254]). Andererseits liegt der zitierten Ansicht

---

[250]) Deutscher BT, 2. Wahlp., Protokoll über die 222. Sitzung am 3. 7. 1957, S. 13 132, linke Spalte (A), Sperrung nicht im Original.
[251]) BKartA-TB 1958, S. 42.
[252]) Der gleiche Grundgedanke bei Behrens, WRP 1958, S. 225 ff. (227).
[253]) Sölter, Gem.Komm. I, § 3, Anm. 24 (S. 231); DB 1957, S. 887 (890).
[254]) Oben § 5, II.

aber auch eine unzulässige Gleichsetzung von Rabatt und Handelsspanne zugrunde. Die Identität von Rabatt und Handelsspanne ist aber nur gegeben, wenn die Wiederverkaufspreise des Handels vertikal gebunden sind. Nur in diesem Fall bestimmt nicht die händlerische Gesamtleistung die Handelsspanne des einzelnen Artikels, sondern der Hersteller nimmt die Festlegung der Spannenhöhe für den Händler nach eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen vor[255]).

Bei der Frage des Funktionsrabattes kommt es also nicht auf den Gewinn des Handels an, sondern nur auf den Nutzen, den der Hersteller durch die Tätigkeit des Handels hat.

Hier aber liegt die entscheidende Schwierigkeit, denn dieser Nutzen drückt sich nur zum Teil in quantitativen, das heißt meßbaren, Größen aus. Der größere Teil der händlerischen „Leistungen", die durch einen Funktionsrabatt zu entgelten wären, ist qualitativer Art.

Zu den Leistungen des Handels, die im wesentlichen in quantitativen Größen ihren Niederschlag finden, gehört die Übernahme und Unterhaltung eines Lagers an Vertragsware. Ohne den Handel müßte der Hersteller die Lagerhaltung selbst übernehmen, da diese in fast jedem Wirtschaftszweig unerläßlicher Bestandteil des Absatzprozesses ist. Übernähme der Hersteller die Unterhaltung des Lagers, so hätte er selbst die Lagerhaltungskosten zu tragen; diese setzen sich zusammen im wesentlichen aus den Zinskosten für das in den Lagerbeständen investierte Kapital, den Kosten der Lagerräume und -einrichtungen sowie den Kosten der Lagerverwaltung. Unterhält der Handel das Lager, so erbringt er die Lager-„Leistungen"; die korrespondierenden Kosten fallen im Handelsbereich an; zu ihrer Vergütung erhält der Handel den Lagerhaltungs-Rabatt. Die Höhe des Lagerhaltungsrabattes richtet sich mithin nach den Kostenersparnissen, die dem Hersteller dadurch entstehen, daß der Handel ihm das Unterhalten eines Lagers abnimmt.

Die Lagerhaltungsleistungen hängen also nicht davon ab, ob die gelagerten Waren von den Herstellern in großen oder kleinen Mengen bezogen werden. Lagerhaltungsrabatte dürfen daher nicht danach differenziert werden, ob die gelagerten Mengen in Bezügen von einer bestimmten Mindestmenge abgenommen werden. Andernfalls wären die Lagerhaltungsrabatte weder ein echtes Leistungsentgelt im Sinne von § 3 Abs. 1, noch würden sie Diskriminierungen vermeiden, denn alle Händler, welche Einzelaufträge unter den festgesetzten Mindestmengen erteilten, aber die gleiche Leistung pro gelagerter

---

[255]) Eine Feststellung, die auf die Fragwürdigkeit der vertikalen Preisbindung im Hinblick auf Leistungswettbewerb und Marktwirtschaft hindeutet. Auf dieses Problem ist indessen im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht näher einzugehen, jedoch wird auf den „Bericht der Bundesregierung über Änderungen des GWB" hingewiesen, in dem die gegen die vert. Preisb. zu erhebenden Bedenken zusammengefaßt sind. (BT-Drucks. IV/617 v. 22. 8. 1962)

Wareneinheit erbrächten, würden gegenüber größeren Abnehmern ungerechtfertigt unterschiedlich behandelt[256]).

Ebensowenig dürfen die Lagerhaltungsrabatte vom Umfang des Lagers selbst abhängig gemacht werden. Die Kosten der Lagerbestände (Verzinsung, Versicherung, Verderb u. a.) sind überwiegend proportional, das heißt, sie verändern sich im gleichen Verhältnis wie die eingelagerten Warenmengen. Die Kosten der Lagerbereitschaft (Lagerräume, Lagereinrichtungen, Lagerverwaltung) sind hingegen vorwiegend fix, also von der gelagerten Menge unabhängig. Steigt die gelagerte Menge, so verteilen sich die fixen Lagerhaltungskosten auf immer mehr Wareneinheiten, das heißt, daß die Lagerkosten pro gelagerter Wareneinheit sinken.

Mit Recht hat das Bundeskartellamt festgestellt[257]), daß Lagerhaltungsrabatte dann kein echtes Leistungsentgelt sind, wenn sie mit steigendem Lagerumfang steigen, eher würden die tatsächlichen Kostenverhältnisse sinkende Rabatte bei steigender Lagerhaltungskapazität rechtfertigen. Steigende Lagerhaltungsrabatte würden zu einer einseitigen, leistungsmäßig nicht gerechtfertigten Bevorzugung der großen Abnehmer führen, denn die pro Waren-Einheit zu erbringende Lagerleistung ist unabhängig davon, ob sie ein Groß-, Mittel- oder Kleinbetrieb verwirklicht. Rabattstaffeln, die nicht einmal mehr tendenziell gleichgerichtet sind mit dem durch die Leistungserbringung bedingten Kostenverlauf, sondern dazu in Widerspruch stehen, erfüllen nicht die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1. Mit Recht hat die Kartellbehörde darauf hingewiesen, daß auf den Kostenverlauf als Richtmaß nicht verzichtet werden kann bei der Prüfung, ob Kartellrabatte ein echtes Leistungsentgelt darstellen, weil andernfalls der Willkür und der Diskriminierung durch Kartelle Tür und Tor geöffnet sein würden[258]).

Wie oben bereits erwähnt, erstrecken sich die funktionellen Leistungen des Handels aber nicht nur auf solche Tätigkeiten, die sich unmittelbar in Kostenbeeinflussungen bei den Herstellern niederschlagen. Vielmehr ist ein wesentlicher Teil der händlerischen Leistungen qualitativer Natur, also derart, daß für sie das Kriterium der Kostenbeeinflussung nicht oder jedenfalls nicht direkt zur Verfügung steht. Zu diesen Leistungen gehört beispielsweise die Übernahme von Werbung, Marktforschung, Service oder Kundenberatung. Hierbei kommt es nicht oder doch erst in zweiter Linie auf den äußeren Umfang, sehr sogar aber auf die G ü t e der händlerischen Tätigkeit an. Die Qualität dieser Leistungen müßte also „bewertet" werden. In einem marktwirtschaftlichen System gibt es indessen

---

[256]) Übereinstimmend BKartA, Beschl. v. 12. 11. 1962 — „Röhrenhersteller" — WuW/E/BKartA 538 ff. (541).

[257]) BKartA, Beschl. v. 12. 11. 1962 — „Röhrenhersteller", — WuW/E/BKartA 538 ff. (542).

[258]) BKartA, Beschl. v. 12. 11. 1962 — „Röhrenhersteller" — WuW/E/BKartA 538 ff. (543).

— mit Ausnahme des Marktes selbst, der aber bei Kartellbeziehungen gerade ausgeschaltet wird — keine Institution, die eine solche Bewertung qualitativer Tätigkeiten nach objektiven Kriterien vornehmen könnte.

Es bliebe nur die Möglichkeit einer Bewertung durch die Rabattgeber, die dann allerdings nur deren subjektives Interesse zum Maßstab haben könnte. Die hierin liegenden Willkürelemente hinsichtlich der Bewertung von Handelsleistungen sind unverkennbar. Es hat zwar auch in der Betriebswirtschaftslehre nicht an Versuchen gefehlt, den Grad qualitativer Handelsleistungen zu objektivieren und ihn einer rationalen Erfassung zugänglich zu machen. So wird vorgeschlagen[259]), die Funktionserfüllung einem „Wertungsschema" zu unterwerfen und mit Hilfe einer mehrstufigen „Benotungsskala" zu quantifizieren. Abgesehen davon, daß in eine solche Notenskala kaum alle Grade qualitativer Funktionserfüllung einzuordnen wären, überzeugt eine derartige Hilfskonstruktion schon im Grundsätzlichen nicht, denn in die Benotungsskala müßten wiederum — neben wenigen objektiv meßbaren Größen wie etwa Häufigkeit bestimmter Werbemaßnahmen oder Dauer der Servicegewährung — andere Größen einbezogen werden, die weiterhin der bewertenden Interpretation unterliegen müßten. Hierzu gehören beispielsweise alle Feststellungen über die Qualität der Werbung, die Zuverlässigkeit der Markterkundung oder die Güte der Kundenberatungen. Es kann kaum einem Zweifel unterliegen, daß die Willkürelemente, die in der Bewertung qualitativer Größen zwangsläufig liegen, auch durch ein wie auch immer geartetes Wertungsschema nicht ausgeschlossen werden können. Vielmehr ist zu befürchten, daß ein solches Schema die Willkürelemente institutionalisiert und unter Umständen verschärft.

Kartellbehörde und Rechtsprechung sind dem Bewertungsproblem bislang im wesentlichen ausgewichen. Nach Ansicht des Kammergerichts[260]) ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß ein Funktionsrabatt nur dann nicht gewährt werden darf, sofern nicht die dieser bestimmten Funktion eigene Leistung erbracht wird[261]). Wenn der Gesetzgeber aber von dieser Voraussetzung ausgegangen ist, so folgert das Kammergericht, so habe er im übrigen keine Bedenken gegen die (zu ergänzen: kartellarische) Gewährung von Funktionsrabatten gehabt.

---

[259]) So durch Batzer, MA 1962, S. 369 ff. (372 ff.).

[260]) KG, Beschl. v. 15. 12. 1959 — „Tapeten" — WuW/E/OLG 317 ff. (319).

[261]) Hier dürfte es sich um eine Ungenauigkeit im Beschluß des KG handeln. Gemeint dürfte sein, daß Funktionsrabatte dann nicht kartellarisch festgelegt werden dürfen, wenn nicht die entsprechende Leistung erbracht wird. Das aber ist etwas anderes als die Zulässigkeit der Gewährung eines Funktionsrabattes schlechthin. Die Frage, ob und wann Funktionsrabatte überhaupt gewährt werden dürfen, wird von § 3 GWB nicht berührt.

Eine derartige Interpretation der Zulässigkeitsvoraussetzungen erscheint indessen nicht unbedenklich, denn sie stellt indirekt und zwangsläufig allein auf die Bewertungsfreiheit der Rabattgeber ab, berücksichtigt aber nicht hinreichend das in § 3 Abs. 1 auch enthaltene Äquivalenzerfordernis zwischen Leistung und Rabatthöhe. Stellte man sich mit dem Kammergericht auf den Standpunkt, daß es nur auf die funktionelle Leistung überhaupt ankomme, würde man das Leistungsproblem in unzulässiger Weise vereinfachen und vergröbern. Dann allerdings könnten die Rabattgeber die Abgeltung funktioneller Leistungen nahezu unbeschränkt global vornehmen. Es muß aber bezweifelt werden, ob damit der Wesensgehalt von § 3 Abs. 1 nicht bereits angetastet ist. Bei nur globaler Abgeltung der Leistungen und daraus folgender globaler Rabattierung wäre jedenfalls die vom Gesetzgeber in § 3 Abs. 1 ersichtlich als einschränkungsbedürftig verstandene Autonomie der kartellwilligen Rabattgeber kaum noch begrenzt. Es erscheint zweifelhaft, ob eine derartige Interpretation einer Vorschrift angemessen ist, die als ausnahmsweise Freistellung vom generellen Kartellverbot eher eine enge, keinesfalls aber eine erweiternde Auslegung geboten erscheinen läßt[262]).

Aus alledem wird man den Schluß ziehen müssen, daß bei Funktionsrabatten nur dann von einem echten Leistungsentgelt gesprochen werden kann, wenn in den Rabatten quantitative Leistungen, insbesondere Lagerleistungen, entgolten werden. Für die kartelleinheitliche Abgeltung qualitativer Leistungen fehlt es an geeigneten Kriterien; willkürliche Rabattgewährung, die kein echtes Leistungsentgelt darstellt, kann hierbei nicht wirksam ausgeschlossen werden.

III. Zur Frage der Nichtdiskriminierung in Funktionsrabattkartellen

Aus der teilweisen Nichtmeßbarkeit der Funktionserfüllung mangels objektiver Kriterien und der Unzulänglichkeit einer nur globalen Abgeltung der Handelsleistungen könnte gefolgert werden, daß die Rabattdifferenzierung dann eben nach bestimmten Abnehmerkategorien vorgenommen werden müsse. Gegenüber einem solchen Behelf bestünden aber nicht unwesentliche Bedenken, da in der Kategorisierung der Abnehmer selbst bereits eine erhebliche Diskriminierung liegen kann[263]).

Mit Recht hat das Bundeskartellamt festgestellt, daß Vereinbarungen über bestimmte Merkmale für verschiedene Abnehmergruppen zwecks Rabattfestsetzung „zur horizontalen Festlegung der Absatzwege und damit zu weitergehenden Wettbewerbsbeschrän-

---

[262]) a. A. Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 3; wie hier BKartA, Beschl. v. 4. 8. 58 — „Tapeten" — WuW/E/BKartA 11 ff. (14); Langen, § 12 Anm. IV, 3; Müller/Gries, § 1 Anm. 28.

[263]) Gl. A. v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3 Rdnr. 77.

kungen führen, als nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zugelassen sind. § 3 GWB erlaubt nur Verträge oder Beschlüsse ‚über Rabatte bei der Lieferung von Waren'. Vereinbarungen über Begriffsmerkmale von Abnehmergruppen oder Wirtschaftsstufen legen etwas wesentlich anderes fest, als die Höhe der Rabatte und sind deshalb möglicherweise keine Verträge oder Beschlüsse nach § 3 GWB. Es besteht die Gefahr, daß mit ihnen private Marktordnungen geschaffen werden, die durch § 3 nicht gedeckt sind"[264]).

Man wird Funktionsrabatte somit auch nicht dergestalt differenzieren können, daß höhere (Großhandels-) Rabatte nur diejenigen Abnehmer erhalten, die mindestens die Hälfte ihres Gesamtbezuges von der Fachindustrie gekauft haben[265]). Zu Recht hat das Bundeskartellamt darauf hingewiesen, daß im Rahmen eines Rabattkartells die Großhandelseigenschaft nicht von der Einkaufsquelle und dem von dieser Einkaufsquelle bezogenen Lieferumfang abhängig gemacht werden darf. Würden Rabatte danach differenziert, ob ein Abnehmer eine bestimmte Einkaufsquelle ausschließlich oder zu einem vorbestimmten Anteil benutzt, handelte es sich um nichts anderes als um einen verschleierten Treuerabatt, dessen kartellarische Festlegung, wie bereits nachgewiesen[266]), in keinem Fall zulässig ist.

Ferner darf ein Rabattkartell auch nicht mittels der Rabattgewährung einige (große) Händler privilegieren, indem es sie zum Direktbezug ab Werk zuläßt, die große Masse der übrigen Händler aber davon ausschließt. Überraschen mußte daher der erste Beschluß des Bundeskartellamtes im Handelsrohrfall[267]). Obwohl die Kartellbehörde von amtswegen festgestellt hatte, daß „die ausschließliche Belieferung des A-Handels durch die Werke (= das Rabattkartell) unmittelbar — oder anders: die Nichtbelieferung des B-Handels unmittelbar durch die Werke (= das Rabattkartell) — Geschäftsgrundlage der angemeldeten Rabattvereinbarung" war[268]), vermochte sie in diesem Ausschluß vom Direktbezug keinen Anlaß zum Widerspruch gegen das angemeldete Rabattkartell zu sehen.

Der Beschluß des Bundeskartellamtes mußte auch besonders deshalb überraschen, weil privilegierter A-Handel und ausgeschlossener B-Handel auch nach den Ermittlungen der Kartellbehörde als funktionell gleichartig anzusehen waren. Beide Händlergruppen waren lagerhaltende Großhändler, beide belieferten Endabnehmer, Einzelhändler und Verarbeiter. Bestand aber zwischen beiden Händlergruppen Gleichartigkeit, war der Ausschluß vom Direktbezug einer Gruppe mittels Rabattabsprache ein klarer Verstoß gegen das Dis-

---

[264]) BKartA Beschl. v. 24. 2. 1960 — „Öfen" — WuW/E/BKartA 153 ff. (158).

[265]) Verlängerung des Rabatt- u. Kond.-Kartells der Marktgem. Öfen, BKartA, Bekanntm. Nr. 8/61, WuW 1961, S. 181.

[266]) Oben § 8, V.

[267]) BKartA, Beschl. v. 30. 12. 1959, WuW/E/BKartA 119.

[268]) BKartA, a.a.O., S. 121.

kriminierungsverbot der §§ 3 Abs. 1, 26 Abs. 2. Dem Rabattkartell hätte daher bereits widersprochen werden müssen, weil es ihm schon an den Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 mangelte[269]).

Darüberhinaus wäre die Benutzung eines Rabattkartells zum Zwecke der Marktschließung wohl auch als Mißbrauch im Sinne von § 12 Abs. 1 Nr. 1 anzusehen gewesen, denn § 3 erlaubt nur Verträge oder Beschlüsse „über Rabatte bei der Lieferung von Waren", nicht aber erlaubt das Gesetz mittels Rabattabsprachen auch eine Regelung der Absatzwege[270]).

Die Kartellbehörde benutzte denn auch die Gelegenheit der Einspruchsentscheidung in derselben Sache zu einer gewissen Selbstkorrektur[271]), indem sie feststellte, daß sich Rabattabsprachen nur auf den unmittelbaren Leistungsaustausch zwischen Anbietern und Nachfragern erstrecken dürften[272]). Das aber bedeutet nichts anderes als die Unzulässigkeit aller weitergehenden Ziele, die mit Rabattkartellen möglicherweise auch noch verfolgt werden könnten, wie etwa Ausschluß bestimmter Händlergruppen.

IV. Zur Frage schädlicher Wirkungen von Funktionsrabattkartellen

Das Bundeskartellamt hält es mit Recht für problematisch, in einem Rabattkartell auch bestimmte Merkmale für einzelne Abnehmergruppen zu vereinbaren[273]). Andererseits kann aber ein Rabattkartell auf eine Differenzierung der Rabatte kaum verzichten. Einen Ausweg sieht das Bundeskartellamt darin, daß die Unterscheidung hinsichtlich der Rabattgewährung (in Funktionsrabattkartellen) unter Zugrundelegung der „verkehrsüblichen Bezeichnungen" der Wirtschaftsstufen oder Abnehmergruppen vorgenommen wird[274]).

Auch eine solche Lösung weckt indessen gewisse Zweifel. Sie würde bedeuten, daß alle Abnehmer lediglich gemäß der traditionell überkommenen Einteilung nach Großhändlern, Einzelhändlern, eventuell noch Weiterverarbeitern und Verbrauchern, zu unterscheiden wären. Mit anderen Worten: eine Klassifizierung, die nur auf „Verkehrsüblichkeit" im Verteilungsprozeß abstellte, müßte notwendigerweise vergangenheitsbezogen sein; sie gäbe der nötigen Dynamik bei der Entwicklung neuer Absatzwege und Absatzmethoden keinen Raum und wäre damit letztlich wettbewerbsfremd.

---

[269]) Tatsächlich widersprach die Kartellbehörde jedoch wegen des Ausschlusses letzten Wettbewerbs.

[270]) Insoweit übereinstimmend BKartA, Beschl. v. 24. 2. 1960 — „Öfen" — WuW/E/BKartA 153 ff. (158).

[271]) BKartA, Beschl. v. 12. 11. 1962 — „Röhrenhersteller" — WuW/E/BKartA 538 ff.

[272]) a.a.O. S. 543.

[273]) BKartA, Beschl. v. 24. 2. 1960 — „Öfen" — WuW/E/BKartA 153 ff. (158).

[274]) BKartA, a.a.O., S. 158.

Der Abnehmer, der einmal von einem Rabattkartell — nach welchen Kriterien auch immer — als Einzelhändler behandelt wird und entsprechenden Rabatt erhält, kann, wenn er die Absicht hat, nunmehr auch Großhandelsfunktionen auszuüben, dieses aus Konkurrenzgründen erfolgreich nur, wenn ihm das Kartell auch den Großhandelsrabatt einräumt, den alle anderen Wettbewerber der Großhandelsstufe vom Rabattkartell bereits erhalten[275]). Das Rabattkartell hingegen wird die Entscheidung darüber, ob es einen weiteren Großhändler „anerkennen" will, seinerseits lediglich davon abhängig machen, ob eine Vergrößerung des Kreises der Großhandelsabnehmer unter Berücksichtigung der Interessen der Kartellmitglieder ratsam erscheint. Im Grunde wird daher die eigene Entscheidung der Abnehmer über ihre wirtschaftlichen Funktionen verdrängt von Zweckmäßigkeitserwägungen des Kartells.

Deutlich zeigt sich dieses, wenn — wie im Röhrenfall — Hersteller mittels eines Rabattkartells versuchen, nur wenige privilegierte Händler zum Direktbezug ab Werk zuzulassen, die große Masse der Händler und sonstiger Abnehmer hingegen davon auszuschließen.

Selbst wenn man aber davon ausgeht, ein Rabattkartell könnte und würde die Kriterien, nach denen es die Rabattgewährung vornimmt, unabhängig von Zweckmäßigkeitserwägungen im Hinblick auf den eigenen Gruppenerfolg aufstellen, so bliebe gleichwohl die Tatsache bestehen, daß diese Kriterien höchstens für den Zeitpunkt ihrer Festlegung „richtig" gewesen sein können. Mit einer solchen statischen Richtigkeit ist aber für die Beurteilung wirtschaftlicher Vorgänge, deren Wesen gerade nicht statischer, sondern eher dynamischer Natur ist, nichts gewonnen. Wirtschaften bedeutet nicht die Erhaltung eines einmal gegebenen Zustandes, sondern — bezogen auf den Absatzbereich — die Durchführung der notwendigen Warenverteilung mit dem jeweils geringstmöglichen Aufwand.

Es geht daher letztlich gar nicht darum, diese oder jene Form des Großhandels, des Einzelhandels usw. mittels funktions„gerechter" Entlohnung in Form von Rabatten unter allen Umständen zu erhalten, sondern es geht lediglich darum, unter Zugrundelegung des jeweiligen Standes der ökonomischen Entwicklung den wirtschaftlichsten Warenvertrieb zu ermöglichen[276]), gleichgültig, ob die Vertriebsart traditionell überkommen ist oder nicht.

Mit Recht ist daher auch in ständiger Praxis von Kartellbehörde und Rechtsprechung[277]) darauf hingewiesen worden, daß kein Handelsunternehmen Anspruch auf einen Funktionsrabatt hat. Behörde und Gericht gehen dabei von der richtigen Feststellung aus, daß aus

---

[275]) Der gleiche Grundgedanke bei v. Renthe gen. Fink, Gem.Komm. II, § 3, Rdnr. 20.

[276]) Gl. A. Seyffert, Wirtschaftslehre des Handels, 1957, S. 331.

[277]) BKartA-TB 1959, S. 22, 23; BKartA-TB 1960, S. 22; BGH, Urteil v. 27. 9. 1962 — „Spirituosen-Rabatt" — BB 1962, S. 1397.

der Existenz des rabattbegehrenden Abnehmers in der Absatzkette allein noch nicht gefolgert werden kann, daß die Einschaltung dieses Kettengliedes auch gesamtwirtschaftlich notwendig und etwa deshalb mit einem Rabatt zu entgelten ist.

Den einzig objektiven Maßstab dafür, ob ein Kettenglied innerhalb des Verteilungsprozesses notwendig ist, könnte der „Markt" liefern, und zwar unter Zugrundelegung der Frage, ob nach den von diesem Kettenglied gebotenen Handelsleistungen Nachfrage besteht. Ist das nicht der Fall, besteht für dieses Kettenglied kein wirtschaftliches Bedürfnis. Wird das Glied gleichwohl in den Verteilungsprozeß eingeschaltet, erhöht es lediglich die Kosten der Güterverteilung, der Konsumentenpreis steigt, ohne daß diese Preissteigerung durch eine wirtschaftliche Mehrleistung gerechtfertigt wäre. Der Konsument, der das Kettenglied als „unnötig" empfindet — weil es lediglich Leistungen hervorbringt, nach denen keine Nachfrage besteht — versucht, es auszuschalten oder zu umgehen. „Beziehungs"- und „Belegschaftshandel" sind Folgen, die zwar nicht unbedingt bestehenden Gesetzen zuwiderlaufen müssen[278]), die aber unter Umständen auch aus anderen als rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen zu mißbilligen sind.

Entfällt infolge von Kartellbildungen der „Markt" für Handelsleistungen, verbleiben alle Absatzwege und Absatzmethoden auf dem Stand, den sie zur Zeit der Kartellierung erreicht hatten[279]). Für „neue" Absatzwege und Handelsmethoden[280]) sind keine Entwicklungsmöglichkeiten gegeben, denn alle „neuen" Handelsformen stünden nicht nur ihrem eigentlichen Konkurrenten, dem traditionellen Handel, gegenüber, sondern sie unterlägen darüber hinaus noch der Ablehnung durch die Hersteller, denen in der Regel daran gelegen ist, daß ihre Produkte nur in überschaubaren, traditionell etablierten Absatzkanälen an die Verbraucher gelangen.

Hersteller und traditioneller Handel sind sich daher in d i e s e m Punkte auf Grund gleichgerichteter Interessen einig. Sie werden somit gemeinsam dahingehend wirken, daß die Rabattbedingungen so abgefaßt sind, daß einem potentiellen Wettbewerb, insbesondere einem solchen in Form „neuer" Absatzwege und Handelsmethoden, von vornherein jede wirtschaftliche Betätigungsmöglichkeit genommen wird.

---

[278]) Das vom Bundestag am 9. 11. 1960 beschlossene Gesetz gegen den Betriebs- u. Belegschaftshandel war grundgesetzwidrig. Der Bundespräsident verweigerte daher die Ausfertigung des Gesetzes (Rinck, Rdnr. 226).

[279]) Im Ergebnis wie hier Mestmäcker, Ordo XIII, 1962, S. 233 ff. (277).

[280]) Das können nach dem derzeitigen Stand der wirtschaftlichen Entwicklung beispielsweise Discount-Systeme, Cash-and-Carry-Systeme, bestimmte Arten des Versandhandels usw. sein.

Einen wie geringen Aussagewert bei einer derartigen Sachlage — das sei abschließend bemerkt — auch zustimmende Stellungnahmen des bereits bestehenden Handels zu einer Rabattkartellierung haben, bedarf angesichts der dargelegten Interessenidentität zwischen Rabattgebern und Rabattnehmern keiner weiteren Erörterung.

Zusammenfassung

I. 1. Funktionelle Leistungen des Handels sind nur teilweise meßbar. Die Meßbarkeit erstreckt sich nur auf solche Leistungen, die sich in konkreten Kostenbeeinflussungen auf Seiten der Rabattgeber niederschlagen (wichtigster Fall: Übernahme von Lagerhaltung durch den Handel).

2. Sonstige funktionelle Leistungen des Handels, bei denen es vorwiegend auf qualitative Momente ankommt (beispielsweise Werbung, Service oder Marktforschung), sind objektiv nicht meßbar. Es ist daher auch nicht möglich, Feststellungen darüber zu treffen, ob die für diese Leistungen gewährten Rabatte „echte Leistungsentgelte" darstellen.

3. Eine „Bewertung" der nichtmeßbaren Leistungen könnte nur das subjektive Interesse der Kartellmitglieder zum Maßstab haben, das keineswegs mit den Interessen sonstiger Wirtschaftssubjekte, insbesondere denjenigen von Verbrauchern oder der Gesamtwirtschaft, übereinzustimmen braucht.

4. Jegliche „Bewertung" von Handelsleistungen muß überdies vergangenheitsbezogen bleiben. „Neue" Absatzwege und Handelsmethoden können durch bewertende Rabattabsprachen der Kartellmitglieder wesentlich behindert werden.

II. Die Kartellierung von Funktionsrabatten ist nach geltendem Recht nur dann zulässig, wenn in den Rabatten die gegenüber den Rabattgebern tatsächlich erbrachten quantitativen Leistungen abgegolten werden. Absprachen über die einheitliche Abgeltung von Nebentätigkeiten qualitativer Art sind mangels objektiver Leistungskriterien unzulässig. Die Kartellierung ist ferner unzulässig, wenn die Rabatte dazu benutzt werden, um eine bestimmte Vertriebsordnung durchzusetzen oder aufrechtzuerhalten oder die Entwicklung neuartiger Absatzformen zu verhindern.

4. Kapitel

Abschluß

§ 11 Gesamtergebnis

Das Problem der Rabattkartelle ist vielschichtig. Insbesondere die bei der Beurteilung von Rabattkartellen unumgängliche wirtschaftliche Wertung stößt in jedem Einzelfall auf neue Schwierigkeiten. Schon diese Tatsache legt die Vermutung nahe, daß der Gesetzgeber die speziellen Eigenschaften und Wirkungen dieser Kartelle nicht in vollem Umfange erkannt hat[281]). Er hätte für sie sonst wohl auch kaum ebenso wie für die vergleichsweise „harmlosen" Konditionenkartelle und Normenkartelle lediglich einen Verbotsvorbehalt der Kartellbehörde vorgesehen. Ein ausdrückliches Erlaubnisverfahren wäre sicherlich angemessener gewesen.

Darüber hinaus zeigen die bisherigen Erfahrungen, daß die vom Gesetzgeber vorgestellte und beabsichtigte Verbesserung der Markttransparenz — wozu Rabattkartelle sicherlich beitragen können — den Hauptleistungswettbewerb, das heißt den Wettbewerb mit Qualität und Preis, gerade nicht stimuliert, sondern eher jeden noch wirksamen Wettbewerb ausschließt oder ausschließen soll[282]). Das trifft insbesondere für solche Märkte zu, auf denen der Wettbewerb ohnehin bereits beschränkt ist. Darüber hinaus aber werden die in § 3 Abs. 1 niedergelegten Zulässigkeitsvoraussetzungen gerade im Hinblick auf die am häufigsten begehrten Rabattkartellarten (Gesamtumsatzrabattkartelle und Funktionsrabattkartelle) bei der derzeitigen Praxis von Bundeskartellamt und Kammergericht nicht immer hinreichend gewürdigt. Für Gesamtumsatzrabattkartelle ist das Kriterium „echtes Leistungsentgelt" dadurch praktisch bereits zu einer inhaltlosen Formel ausgehöhlt worden, denn ein solcher Rabatt entbehrt — wie in dem entsprechenden Zusammenhang dargelegt wurde — schon auf Grund seines Berechnungsmodus jeglicher Leistungsbezogenheit. Nicht mehr die einheitliche Vergütung von Kostenersparnissen, die durch die Abnahme größerer Mengen oder durch anderweitige Absatzrationalisierung entstehen können, sind Kern derartiger Rabattabsprachen, sondern die Ausschaltung des Rabattwettbewerbs als Selbstzweck. Daran ändert auch die Tatsache

---

[281]) Gl. A. Günther, ZHR, 125. Band, 1962, S. 38 f. (52); Ifo-Institut für Wirtschaftsforschung, Preisbindungen in der westdeutschen Wirtschaft, Band I, Zweiter Teil: Horizontale Preisbindungen (Hinweis in BB 1963, S. 1345).

[282]) Übereinstimmend Günther, ZHR, 125. Band, 1962, S. 38 ff. (42).

nichts, daß auch ein einfacher Mengenrabatt die in der Mengenabnahme liegenden Leistungen nur innerhalb gewisser Grenzen „echt" entgelten kann. Dieses beruht aber im wesentlichen auf berechnungstechnischen Schwierigkeiten. Bei Gesamtumsatzrabattkartellen ist indessen die Leistungsbezogenheit bereits im Prinzip preisgegeben; es besteht auch kein gedanklicher Zusammenhang mehr zwischen Leistung und Rabatthöhe.

Auch die Annahme, daß Gesamtumsatzrabattkartelle kleine oder mittelständische Anbieter schützen könnten, ist, wie dargelegt, jedenfalls nicht generell zutreffend[283]).

Ähnliche Bedenken sind gegen die derzeitige Interpretation des Leistungskriteriums in Funktionsrabattkartellen zu erheben. Einmal ist wohl die Besorgnis, die Struktur des Handels könnte auf dem Stand „einfrieren", den sie im Zeitpunkt der Kartellierung aufweist[284]), nicht unbegründet; ein ähnliches Ergebnis war im Rahmen dieser Untersuchung festzustellen. Zum anderen aber bestehen überhaupt grundsätzliche Bedenken gegenüber dem Versuch, bestimmte funktionelle Leistungen des Handels meßbar machen und durch einen leistungsäquivalenten Rabatt abgelten zu wollen. Für ein derartiges Vorgehen fehlten nahezu alle Voraussetzungen — auch betriebswirtschaftlicher Art — weil sich die Gesamtheit der Handelstätigkeiten eben nicht im einzelnen isolieren und quantifizieren läßt[285]).

Eine nur globale „Bewertung" der Handelstätigkeit dagegen könnte sich nicht an irgend welchen objektiven Leistungskriterien orientieren, sondern lediglich am subjektiven Interesse, das die Kartellmitglieder an der Rabattregelung haben.

Eine solche Lösung kann indessen weder in rechtlicher Hinsicht noch im Hinblick auf marktwirtschaftliche Erwägungen befriedigen. Sie ist letztlich von der Vorstellung bestimmt, gewissen Teilnehmern am wirtschaftlichen Leben — genauer: der Herstellerstufe — stünde auf Grund besonderer Wirtschaftskraft und sonstiger Bedeutung auch ein „Recht" zu, den nachgeschalteten Markt im eigenen Sinne zu regeln[286]).

Es ist daher im Grunde sowohl aus rechtlichen als auch aus marktwirtschaftlichen Erwägungen — ohne deren Synthese das GWB überhaupt nicht sinnvoll angewendet werden kann — wohl kaum vertretbar, dem entscheidenden Zulässigkeitskriterium „echtes Leistungsentgelt" nur globale Bedeutung beizumessen. Kartellbehörde und Kammergericht treten zwar in Einzelfällen in subtile wirtschaftstheoretische Erörterungen über den Mißbrauch von Ra-

---

[283]) Übereinstimmend Bundesregierung, GWB-Bericht, S. 92, Rdnr. 22.

[284]) So GWB-Bericht, S. 92, Rdnr. 22.

[285]) Übereinstimmend Gutenberg, Zeitschr. für Betriebswirtschaft, 1962, S. 545 ff. (548).

[286]) So auch GWB-Bericht, S. 92, Rdnr. 22.

battkartellen ein, anstatt zunächst konsequent zu prüfen, ob überhaupt die Zulässigkeits voraussetzungen des § 3 Abs. 1 für eine Freistellung vom Verbot des § 1 vorliegen. Mangelt es bereits hieran, erübrigen sich Mißbrauchserörterungen; was verboten bleibt, kann nicht mißbraucht werden.

Würde schärfer auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 abgestellt, wäre von vornherein der Kreis der Rabattkartelle, die im Rahmen von § 3 Rechtswirksamkeit erlangen können, auf jene beschränkt, an die der Gesetzgeber auch nur gedacht haben dürfte[287]). Es sind diese Absprachen über die äquivalente Abgeltung von Kosteneinsparungen auf Grund bestimmter Großabnahmen, also die sogenannten einfachen Mengenrabattkartelle. Auch diese Kartelle können schädliche Wirkungen — etwa wegen übermäßiger Konzentrationsförderung — haben oder mißbräuchlich im Sinne von § 12 Abs. 1 sein. Diese Kartelle auf das Vorliegen von Widerspruchs- oder Mißbrauchstatbeständen zu überprüfen, bleibt mithin die legitime Aufgabe der Kartellbehörde.

Die Frage, ob Rabattkartelle generell so schädlich sind, daß eine Ausnahmebestimmung für Rabatte vom Verbotsgrundsatz des § 1 überhaupt zu streichen ist[288]), ist im wesentlichen wettbewerbspolitischer Natur; zu ihr wurde im Rahmen dieser Arbeit bewußt nicht Stellung genommen. Eine schärfere Analyse und eine konsequentere Anwendung der nach geltendem Recht zu beachtenden Zulässigkeitskriterien scheint indessen auch vom wettbewerbsrechtlichen Standpunkt geboten.

---

[287]) Auf die in § 10, I, dieser Arbeit zitierten Gesetzesmaterialien wird noch einmal hingewiesen.

[288]) Streichung vorgeschlagen vom Wissenschaftlichen Beirat beim Bundeswirtschaftsministeriums, GWB-Bericht, S. 92, Rdnr. 23.

Lebenslauf

Am 10. April 1934 wurde ich als Sohn der Eheleute Albert und Elisabeth Holle, geb. Teickner, in Hannover geboren.

Von 1940 bis 1944 besuchte ich die Volksschule 47 in Hannover-Linden, ab Herbst 1945 bis Ostern 1954 die Lutherschule in Hannover, die ich nach 9 Schuljahren mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Nach Abschluß der Schulzeit begann ich zunächst eine kaufmännische Ausbildung, die mit der Kaufmannsgehilfenprüfung vor der Industrie- und Handelskammer Hannover im Herbst 1956 endete. Anschließend war ich ein Jahr lang als Exportsachbearbeiter in der Industrie tätig.

Mit dem Wintersemester 1957/58 begann ich ein betriebswirtschaftliches Studium an der Technischen Hochschule Hannover, das ich im Wintersemester 1958/59 an der Georg-August-Universität in Göttingen fortsetzte. Dieses Studium schloß ich am 30. April 1962 mit der betriebswirtschaftlichen Diplomprüfung ab.

Anschließend betrieb ich an der Georg-August-Universität in Göttingen ein juristisches Anschlußstudium, das insbesondere wirtschaftsrechtlichen Fragen gewidmet war.